

informe Reencuentro

sobre la custodia compartida, reencuentro
de padres e hijos separados por una ley
obsoleta y parcial

elaborado por:

Asociación de padres de familia separados (APFS)
Federación Andaluza de padres y madres separados (FASE)

apoyado por:

Asociación gallega de padres y madres separados
Federación de Euskadi de padres y madres separados
(KIDETZA)

presentación

Durante decenios, la custodia compartida ha sido una reivindicación irrenunciable de las asociaciones de padres separados en todos los países de Occidente. Durante decenios también, sus antagonistas y, en su estela, los poderes públicos se han limitado a rechazarla, a falta de argumentos más sólidos, por su supuesta inviabilidad práctica o, incluso, por unos más que discutibles efectos negativos para el niño, sin contraponer en la balanza sus efectos positivos. De ese modo, durante decenios, el debate sobre la custodia compartida no ha salido en muchos países, entre ellos el nuestro, de sus límites teóricos.

Sin embargo, lo que está en juego en ese debate y en sus consecuencias prácticas es una cuestión de derechos humanos de hondo calado: el derecho del niño a seguir manteniendo vínculos estrechos y asiduos con sus dos padres tras el divorcio; el derecho de ambos padres a seguir siéndolo plenamente tras el cese de la convivencia; el derecho, en definitiva, a preservar los lazos familiares naturales de padres e hijos tras la ruptura del contrato matrimonial.

En los decenios de 1980 y 1990, a pesar del entusiasmo oficial por la custodia materna y del prestigio adquirido por la maternidad en solitario, empezaron a hacerse patentes las desventajas de

los hogares monoparentales para el bienestar del niño, y se multiplicaron los estudios sobre los efectos negativos de la ausencia paterna en el desarrollo del menor.

A mediados del decenio de 1990, algunos países habían cruzado ya el punto de inflexión en su trayectoria hacia la custodia compartida, que, actualmente, es práctica arraigada y de resultados plenamente satisfactorios en varios de ellos. Por consiguiente, hace tiempo que la custodia compartida dejó de ser un prototipo teórico supuestamente inviable para convertirse en un modelo operativo que ha superado con éxito todos los ensayos del banco de pruebas y lleva ya recorrido un largo y fructífero camino.

El presente trabajo es reflejo, en buena medida, de esa experiencia innovadora y positiva de otros países de nuestro entorno cultural, que nos han precedido en su reorientación hacia la custodia compartida. Apoyados en esos antecedentes, exponemos en primer lugar los principios de un modelo general de custodia compartida, haciendo hincapié en su viabilidad y sus ventajas (sección 1). A continuación, presentamos una serie de iniciativas parlamentarias y el texto de distintas legislaciones que prevén la custodia compartida y, algunas desde hace años, hacen posible su aplicación en varios países (sección 2). En tercer lugar, presentamos los resúmenes de una larga serie de estudios internacionales sobre situaciones de custodia exclusiva y custodia compartida, en los que existe una clara decantación por las ventajas de la custodia compartida (sección 3). Por último, hacemos referencia a la correlación positiva existente entre los regímenes de custodia exclusiva o monoparental y el aumento de las tasas de divorcio (sección 4), aspecto que, tal vez, ha sido objeto de insuficiente atención hasta ahora.

La experiencia de los países más innovadores, los datos de los numerosos estudios realizados y, en definitiva, el creciente rechazo social hacia los regímenes de custodia exclusiva y sus secuelas

negativas para tantos miles de niños nos indican que ha llegado la hora de superar viejos estereotipos y prejuicios y que cada día es más indispensable una nueva legislación sobre divorcio que permita la coparentalidad plena.

Ése es el mensaje que, desde estas páginas, queremos transmitir a la sociedad en general y, más particularmente, a las instancias e instituciones que tienen ante sí la oportunidad política de instaurar un régimen de divorcio más justo y la obligación moral de hacerlo.

La versión electrónica del presente documento puede consultarse en las direcciones siguientes: <http://www.adiospapa.org/coparentalidad.htm> <http://www.geocities.com/apinpach/index.htm>

(Madrid, 25 de septiembre de 2002)

INDICE

SECCIÓN 2. LEGISLACIONES E INICIATIVAS PARLAMENTARIAS DE OTROS PAÍSES

Francia

Antecedentes

Debates parlamentarios

Texto de la ley

Ejemplo de sentencia

Estados Unidos

Legislaciones de diversos estados en materia de custodia

Maine

California

Louisiana

Iowa

Oklahoma

Kansas

Idaho

Illinois

Missouri

Alaska

Pensilvania

Nevada

Montana

Mississippi

Florida

Wisconsin

Texas

Alabama

Michigan

Canadá: Informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso

Antecedentes, contexto y desarrollo

Mandato y labor del Comité

Recomendaciones del Comité

Suecia

Custodia, residencia y contacto

Divorciarse cuando se tienen hijos

Custodia de los hijos

SECCIÓN 3.

ESTUDIOS SOBRE LOS DISTINTOS REGÍMENES DE CUSTODIA Y SUS EFECTOS EN EL DESARROLLO Y EL BIENESTAR DEL NIÑO

Conclusiones de los principales estudios

Una investigación sobre padres con niños de 3 a 5 años

SECCIÓN 4.

LA CUSTODIA COMPARTIDA REDUCE LAS TASAS DE DIVORCIO

Políticas de custodia infantil y tasas de divorcio

Custodia conjunta: teorías de la vinculación afectiva y del control

Estas botas son para caminar: por qué las esposas solicitan el divorcio

SECCIÓN 2

LEGISLACIONES E INICIATIVAS PARLAMENTARIAS DE OTROS PAÍSES

En esta sección tratamos de demostrar que la custodia compartida no sólo es una opción viable, sino que es ya una práctica consolidada en diversos países de nuestro entorno sociológico y se está abriendo paso en otros. Como ejemplo, presentamos textos oficiales o legislaciones de los siguientes países:

- **Francia:** antecedentes, debates parlamentarios y texto de la Ley sobre la autoridad parental, así como un ejemplo de la nueva jurisprudencia.

- **Estados Unidos:** legislaciones de una veintena de estados rotundamente favorables a la custodia compartida y a la igualdad de derechos y responsabilidades tras el divorcio.

- **Canadá:** informe del Comité Conjunto sobre Custodia y Acceso, probablemente la más ambiciosa iniciativa parlamentaria que se haya llevado a cabo sobre el tema de la custodia y que, tras diversas vicisitudes políticas, se plasmará próximamente en una nueva ley de divorcio.

- **Suecia:** diversos textos del Ministerio de Justicia sueco en

que se explica el régimen de custodia compartida vigente en el país y su funcionamiento (traducción de textos presentados en inglés por las autoridades suecas).

Asimismo, deseamos hacer referencia a la iniciativa parlamentaria actualmente en marcha en **Italia**, que, según todas las previsiones, acabará culminando igualmente en una nueva legislación sobre custodia compartida.

Gráfico 2.1. Divorcio y coparentalidad

A diferencia de los regímenes de custodia monoparental, caracterizados por su alta litigiosidad, las legislaciones que prevén la custodia compartida (o coparentalidad) dan prioridad a las soluciones por mutuo acuerdo entre las partes y, casi sin excepción, establecen la obligatoriedad de la mediación familiar en caso de desacuerdo entre los padres. Si, tras haber acudido al mediador, las posturas de las partes se mantienen irreconciliables, y no habiendo otras circunstancias que lo desaconsejen, el juez dicta sentencia teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho al contacto asiduo con ambos padres. Por ejemplo, en el caso de la legislación francesa, si el desacuerdo persiste tras la mediación familiar, la ley prevé que el juez imponga, como medida provisional, la residencia alterna.

Decisión de Divorcio



FRANCIA

En febrero de 2001 el gobierno francés de Lionel Jospin presentó, a través de su ministra de la Familia y principal impulsora del proyecto, la nueva iniciativa de reforma del derecho de familia en Francia. La enorme expectación que suscitó esta iniciativa en toda Europa se basaba, en buena medida, en su sección sobre la «custodia alterna», y en particular en estos tres párrafos:

«Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana.»

«La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido (por otra parte, los padres no separados que se reparten sus responsabilidades como padres, ¿no practican también una forma de alternancia respecto del niño?)»

«En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico.»

Tras un año de lecturas sucesivas en la Asamblea y el Senado franceses, la nueva *Ley sobre la autoridad parental* entró en vigor el 5 de marzo de 2002 y estableció, como disposiciones más innovadoras, las siguientes:

- la desaparición del concepto de «custodia» y el ejercicio común de la patria potestad;
- la prioridad concedida al convenio presentado por los padres y, en caso de desacuerdo de éstos, a las fórmulas de mediación (a instancias del propio tribunal);
- la posibilidad de fijar la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos;
- en caso de desacuerdo entre los padres respecto del modo de residencia del niño, el establecimiento de la residencia alterna del niño durante un plazo determinado o con carácter definitivo.

Probablemente, el texto definitivo de la ley no ha satisfecho plenamente las expectativas suscitadas por la declaración de intenciones inicial, ni se expresa con la rotundidad de algunas legislaciones estadounidenses en lo que respecta a la custodia compartida. Posiblemente, su falta de precisión en algunos aspectos, y la omisión de otros, dejan un margen de discrecionalidad excesivo a los jueces. Pero tiene el mérito innegable de anteponer el interés del niño a cualquier otra consideración y constituye, sin duda, un primer paso de gigante en el obsoleto panorama de los regímenes de divorcio europeos. El nuevo enfoque queda muy bien reflejado en las siguientes palabras de la ministra Segolène Royal, pronunciadas en el curso de los debates parlamentarios, «...una cosa es cierta: **la continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño y, en segundo lugar, un derecho y un deber del padre.**»

Antecedentes

El 27 de febrero de 2001, *Ségolène Royal*, ministra delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno francés, presentó, bajo el título «**La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias**», un proyecto de reforma del derecho de la familia que, un año más tarde, se plasmaría en la instauración legal de la custodia com-

partida (con los nombres de «autoridad parental» o «coparentalidad») de los hijos de separados.

«Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio», indicó la ministra al presentar su iniciativa. Y añadió: «La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño».

Aunque la iniciativa constituyó, sin duda, un paso de gigante en medio de los obsoletos regímenes de divorcio occidentales, las miradas más atentas vieron pronto en ella algunas fisuras, especialmente en los casos de poca voluntad conciliadora o excesiva hostilidad de las parejas (o de uno de sus miembros). Por ejemplo, las asociaciones de padres separados lamentaron que no se hubiesen previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños antes de emprenderse cualquier acción judicial; que no se impusiese a las partes una seria obligación de negociación, conciliación o mediación ni se hiciese distinción entre el progenitor «positivo» y el progenitor «negativo» que obstaculiza toda conciliación; o que se siguiese reconociendo a los magistrados un poder único e incontrolado que, en muchos casos, podría ejercerse de forma personal y discriminatoria. Como veremos, algunas de estas deficiencias iniciales de la propuesta se subsanaron a lo largo del proceso de elaboración de la ley.

Entre los principales objetivos de la iniciativa anunciada por el Gobierno, se mencionaron los siguientes:

Refundar, renovar y sostener la autoridad de los padres

Los cuatro principios:

- Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido (refundar).

- Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y, consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna (renovar y sostener).

- Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados, y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación (renovar).

- Ayudar a las familias más necesitadas (sostener): grupo de trabajo sobre familia y pobreza; y reforma de la ASE, ya que las familias pobres no son pobres familias y los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con la misma eficacia.

[...]

II - Igualar la responsabilidad parental entre el padre y la madre y, por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres.

Un adolescente de cada cuatro vive con uno solo de sus padres, y la mayor parte de ellos no tiene contacto educativo con el padre.

Una pensión alimenticia de cada cinco queda sin pagar, y el sentimiento de marginación del padre tiene mucho que ver con ese hecho. Mejorando un aspecto, se mejorará el otro.

Debe darse prioridad a los acuerdos amistosos entre el padre y la madre, sobre todo en lo que respecta a la organización de la custodia y a la función de terceros.

En consecuencia, es preciso:

1 - En cuanto a la reforma del derecho de familia (anteproyecto de ley):

- armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de comunidad de vida para que los padres no casados puedan ejercer la autoridad parental;

- introducir en el Código Civil la posibilidad de la custodia alterna de los niños en caso de divorcio;
- facilitar el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establezcan entre ellos, con independencia de que estén o no casados;

2 - Medidas concretas de coparentalidad

- crear un libro de paternidad, en el momento en que la madre recibe su documento de maternidad [...];
- estudiar la posibilidad de establecer un permiso de paternidad, ya que estudios suecos han demostrado la presencia de vínculos más fuertes en los padres que se han ocupado del bebé (tres días, bonificación/35 horas, elaboración de un nuevo dispositivo);
 - desarrollar la mediación familiar para evitar conflictos al niño;
 - ayudar a los padres antes del nacimiento y durante el primer año: prevenir las separaciones debidas a la llegada del niño [...];
 - igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos: ficha informativa con ambas direcciones, boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de voto [...]
 - doble libro de familia, para que el padre divorciado que no tenga la custodia no se vea privado de toda documentación relativa a su hijo;
 - derecho de reembolso de ambos padres en la seguridad social;
 - ampliar el libro de familia numerosa a las familias recompuestas con más de dos niños;
 - proponer un baremo indicativo para la fijación de las pensiones alimenticias [...].

4 - Coparentalidad e igualdad hombre-mujer

Situación actual

El ejercicio de la función parental no puede considerarse con independencia de las cuestiones de igualdad, igualdad social e igualdad entre los sexos.

[...]

Promover una coparentalidad es permitir a los padres y a las madres el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional, la vida familiar y la vida social.

La consideración de la vida familiar en la organización del tiempo profesional debe afectar tanto a los hombres como a las mujeres.

[...]

Por motivos culturales, la paternidad sigue estando poco amparada en la vida profesional: las encuestas demuestran que el 20% de los hombres, sobre todo los padres jóvenes, desearían ejercer más sus responsabilidades familiares en comparación con sus responsabilidades profesionales.

Propuestas

Crear un verdadero permiso para el padre cuando nace un niño.

Modificar el dispositivo de permisos de ambos padres, a fin de que puedan repartirse mejor.

Lanzar una campaña de comunicación y de sensibilización multimedia que destaque la igualdad padre-madre en la esfera familiar y doméstica y en el cuidado diario de los niños. El día del padre podría, por ejemplo, servir de punto de partida para una campaña de envergadura.

La «custodia alterna»

Situación actual

Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño con fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días labora fines de semana.

[...]

A partir de la ley de 1993, el juez fija la residencia habitual del niño «si no existe acuerdo entre los padres». Ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad, es decir, cada uno de ellos conserva «el derecho y el deber de custodia», que es uno de los atributos de la patria potestad. [...]

Propuestas

[...]

La palabra «custodia» define a la vez el derecho y el deber de un padre de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y el deber de ese padre de atender las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día.

La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido (por otra parte, los padres no separados que se reparten sus responsabilidades como padres, ¿no practican también una forma de alternancia respecto del niño?)

En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico.

[...]

La fijación de las pensiones alimenticias

Situación actual

La contribución al mantenimiento y la educación del niño es una obligación que incumbe a ambos padres, una vez establecida la filiación.

El carácter de orden público de esta obligación no impide una repartición amistosa de su cumplimiento entre los progenitores separados.

La fijación de la cuantía de las pensiones alimenticias origina importantes y costosos contenciosos. [...]. Cada año, unos 40.000 procedimien-

tos resultantes del divorcio se refieren únicamente a la cuestión de la pensión alimenticia, con intervención de abogados como asistencia jurídica en el 40% de esos procedimientos.

[...]

Propuestas

Definir baremos indicativos simples basados en los ingresos del deudor de la pensión, así como en las situaciones que justifiquen un aumento o una disminución respecto de esos baremos, tomando como base, por ejemplo, el mecanismo puesto en funcionamiento en el Canadá en 1996.

[...]

Reexaminar las normas del derecho fiscal aplicables a las pensiones alimenticias.

17-Prevenir las dificultades de alojamiento del padre no custodio

[...]

Se trata por tanto de:

- favorecer el acceso a la vivienda social del padre «no custodio» para permitirle acoger a sus hijos en buenas condiciones;
- promover la creación de lugares de acogida donde los padres no custodios en situación precaria puedan recibir a sus hijos durante el fin de semana y las vacaciones escolares.

*** Texto íntegro original:

http://www.social.gouv.fr/famille-enfance/doss_pr/aut_parent/34_010227.htm

Debates parlamentarios

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY EN ESCRITO EL 17 DE MAYO DE 2001

En efecto, en el Estado de derecho positivo el juez debe fijar una residencia habitual al hijo de padres separados. Lejos de ser anecdótica, esta obligación genera simbólica y jurídicamente una diferencia de situación legal entre los padres.

PRIMERA LECTURA EN LA ASAMBLEA NACIONAL EL 14 DE JUNIO DE 2001

Sr. Marc Dolez, relator de la Comisión Jurídica:

«Aplicación concreta del principio de coparentalidad, la residencia alterna hace su entrada en el Código Civil: en adelante podrá figurar en los acuerdos parentales homologados o ser impuesta por el juez, en función del interés del niño. La Comisión ha preferido que, **en caso de desacuerdo de los padres sobre la residencia del niño, se conceda prioridad a la fórmula de la custodia alterna**, que constituye una aplicación práctica del principio de ejercicio conjunto de la patria potestad.»

Sra. Segolène Royal, Ministra Delegada de la Familia:

«El derecho de todo niño a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona debe tener fuerza de ley.»

Sra. Christine Lazerges:

«Se afirma el principio de que el padre y la madre deben mantener relaciones personales con el niño y respetar sus vínculos con el otro progenitor.»

Sra. Marie-Thérèse Boisseau:

«En nombre del interés del niño, la residencia externa se ha considerado durante mucho tiempo con desconfianza, no sólo por parte de los jueces, sino también de los psicólogos y los trabajadores sociales. Esa situación ha cambiado, como demuestra la sentencia del 24

de febrero de 1999 del Tribunal de Apelación de París, según la cual el sistema clásico de residencia principal y derecho de visita contribuye a 'debilitar el vínculo entre el hijo y el progenitor con el que no vive a diario', por lo que la residencia alterna es 'la condición de una coparentalidad real y el elemento fundamental para luchar contra la precarización de una u otra de las funciones patentables'».

Sra. Muguette Jacquaint:

«Otro tema importante: la custodia alterna. Es, sin duda, un progreso, tanto hacia el reconocimiento de la igualdad entre el padre y la madre como del interés del niño.»

Sr. Jean Marie Geveaux:

«Si es importante garantizar derechos iguales al padre y a la madre, este principio debe mantenerse cuando la pareja está en situación de crisis. Por tanto, debe fomentarse la residencia alterna.»

Sra. Christine Lazerges:

«La enmienda 8 tiene un alcance simbólico importante: se trata de mencionar la custodia alterna antes que la custodia en el domicilio de uno de los padres, a fin de indicar que esa solución es preferible.»

Sra. Segolène Royal, Ministra Delegada de la Familia:

«Esta reforma tiene como objetivo claro incitar a los padres a ponerse de acuerdo sobre el principio de una residencia alterna, que tiene la ventaja de mantener entre ellos la paridad.

Es evidente que la edad debe ser y es tenida en cuenta, pero no podemos olvidar que la cuestión de la residencia alterna ha sido objeto de intensos debates ideológicos, en los que determinados especialistas han explicado que la medida debería excluirse a tal edad, pero adoptarse sin lugar a dudas a tal otra. El criterio de la edad es, por lo tanto, delicado, y no desearía que la ley sirviese para respaldar sectarismos de ese tipo.»

INFORME DE LA COMISIÓN JURÍDICA AL SENADO

«Estas reivindicaciones se fundan en los principios de respeto a la vida privada y no discriminación reconocidos por la Convención Euro-

pea de los Derechos del Hombre, y ponen igualmente de relieve el derecho de los niños a ser criados por sus dos padres, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño del 29 de enero de 1990. El artículo 18 de esa Convención fórmula el principio según el cual «ambos padres tienen responsabilidades comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.»

PRIMERA LECTURA EN EL SENADO DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2001

Sra. Segolène Royal, Ministra Delegada de la Familia:

«El respeto del lugar que corresponde a cada uno en el marco de la residencia alterna es también uno de los principios básicos de esta reforma. **Las expectativas de un niño respecto de sus padres no deben depender del vínculo de la pareja.** Esta proposición de ley consolida la autoridad durable y protectora de los padres, unidos o desunidos, y consolida el ejercicio de una responsabilidad adulta que es, para mí, el contrapunto natural de unas libertades adquiridas y plenamente reconocidas.

Sin embargo, una cosa es cierta: la continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño y, en segundo lugar, un derecho y un deber del padre.

También es preciso desterrar de nuestro vocabulario esa noción tan absurda como obsoleta del «derecho de visita y alojamiento». ¿Qué puede significar hoy para un padre el derecho de «visitar» a su hijo? ¿Cómo explicar a cualquier padre que no se trata de una prerrogativa discrecional, que su hijo le espera el tercer sábado del mes y que una falta a esa cita será vivida por el niño como un abandono?

Valorar la residencia alterna no es hacer de ella una panacea ni una obligación, ni expresar socialmente la idoneidad absoluta de un modelo de organización tras la separación, ni culpabilizar a las parejas que no recurran a esa modalidad. Simplemente, es reco-

nocer como legítimas las aspiraciones crecientes a un mejor equilibrio del tiempo compartido y dedicado al niño, es mantener la relación triangular de la referencia familiar, es incitar fuertemente a los padres a organizarse de forma responsable, como adultos, a prohibirse a sí mismos utilizar al niño como *punchingball* entre ellos y herir su amor por el otro progenitor.

No es necesario seguir siendo pareja para seguir siendo padre y madre al ciento por ciento.»

Sra. Janine Rozier, en nombre de la Delegación para los derechos de la mujer y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres:

«El objetivo de otorgar un mayor espacio al padre constituiría, en última instancia, una nueva etapa en el progreso de los derechos de la mujer.»

Sra. Nelly Olin:

«La puesta en práctica de la residencia alterna permitiría a los padres ejercer realmente la patria potestad, aun cuando se piense que su aplicación será difícil. En efecto, no entiendo cómo puede ejercerse plenamente la patria potestad cuando sólo se ve al hijo un fin de semana cada quince días. No basta con ser titular de esa potestad. La decisión de aplicar la residencia alterna deberá tomarse caso por caso, ya que esa forma de custodia es la condición esencial para una coparentalidad real».

«Mal definido hasta ahora, el interés del niño es causa de numerosos abusos. Salvo en casos de malos tratos fehacientemente demostrados, son los valores de los padres los que deben recibir prioridad.»

Sra. Dinah Derycke:

«En efecto, pongámonos en el caso de que haya desacuerdo de los padres sobre la custodia alterna. El desacuerdo de los padres significa en realidad que uno de ellos quiere obtener la custodia exclusiva del niño y no conceder al otro más que el derecho de visita clásico, es decir, un fin de semana de vez en cuando. En tal caso, el juez, en función de los elementos de información que posea, impondrá la custodia alterna. Esta decisión debe adoptarse de forma definitiva, es decir, que la instancia se detiene. Así lo ha precisado el Sr. Relator.

Cuando se dicta sentencia, es, en efecto, esencial que la instancia se detenga y el juez decline su competencia. En caso contrario, no seamos ingenuos, se abrirá la caja de Pandora con todo su horrible contenido. [...] Todos los golpes bajos estarán permitidos para demostrar que la resolución adoptada no es buena. En definitiva, ¿quién será la víctima? ¡El niño! En efecto, mientras que los padres tengan comportamientos poco admisibles, el niño sufrirá.

TERCERA LECTURA EN LA ASAMBLEA NACIONAL, 21 DE FEBRERO DE 2002

Sra. Segolène Royal, Ministra Delegada de la Familia:

«La igualdad entre los padres, consistente en reconocer a un niño el derecho de ser criado por su padre y por su madre, se afirma igualmente, gracias sobre todo a las disposiciones previstas para la residencia alterna.»

Sra. Chantal Robin-Rodrigo, en nombre de la Delegación para los derechos de la mujer:

«El deber de los padres no se limita a la asistencia material, que no debe ser una coartada para desentenderse de lo esencial: la educación y los vínculos afectivos que deben seguir estrechando.»

Mme. Christine Lazergues:

«¿No está demostrado que, cuando la separación se organiza procurando una verdadera presencia del padre, el niño tiene mucho menor tendencia a multiplicar las transgresiones o dar signos de sufrimiento psicológico?»

***** Textos originales:**

<http://www.assemblee-nat.fr/cra/2000-2001/2001061409.asp>

<http://www.senat.fr/seances/s200202/s20020214/sc20020214032.html>

<http://www.assemblee-nat.fr/rapports/r3117.asp>

<http://www.senat.fr/rap/101-071/101-0715.html>

<http://www.assemblee-nat.fr/propositions/pion3074.asp>

http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc

Texto de la ley (Capítulo I)

LEY N° 2002-305 DEL 4 DE MARZO DE 2002 RELATIVA A LA PATRIA POTESTAD

NOR: JUSX0104902L

La Asamblea Nacional y el Senado han adoptado,

El Presidente de la República promulga la ley cuyo tenor es el siguiente:

Capítulo I

La patria potestad

Artículo 1

I.- Quedan derogados los artículos 287 a 295 del Código Civil.

II.- El texto del artículo 286 de ese Código será el siguiente:

«Art. 286.- Las consecuencias del divorcio para los hijos se registrarán por las disposiciones del capítulo 1 del título IX del presente compendio.»

III.- El texto del artículo 256 de ese Código será el siguiente:

«Art. 256.- Las consecuencias de la separación para los hijos se registrarán por las disposiciones del capítulo 1 del título IX del presente compendio.»

Artículo 2

El texto del artículo 371-1 del Código Civil será el siguiente:

«Art. 371-1.- La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad el interés del niño.

«El padre y la madre ejercen la patria potestad hasta que el niño alcance su mayoría de edad o su emancipación, con objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

«Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez.»

Artículo 3

El texto del artículo 371-2 del Código Civil será el siguiente:

«Art. 371-2.- Cada uno de los progenitores contribuirá al mantenimiento y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del niño.

«Esta obligación no se extingue de pleno derecho cuando el hijo alcanza la mayoría de edad.»

Artículo 4

I.-El texto del primer párrafo del artículo 371-4 del Código Civil será el siguiente:

«El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. El ejercicio de tal derecho sólo podrá restringirse por motivos graves.»

II.- El texto del segundo párrafo de ese artículo será el siguiente:

«Si tal es el interés del niño, el juez de familia fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su progenitor.»

Artículo 5

I.-Antes del artículo 373-3 del Código Civil se insertará un signo divisorio y un título formulados en los términos siguientes:

«§ 1. Principios generales»

II.- El texto del artículo 372 de ese Código será el siguiente:

«Art. 372.- El padre y la madre ejercerán en común la patria potestad.

«Sin embargo, cuando la filiación se establezca respecto de uno de ellos transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento de un niño cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro, sólo éste quedará investido de la patria potestad. El mismo principio se aplicará cuando la filiación se declare judicialmente respecto del segundo progenitor del niño.

«La patria potestad podrá, sin embargo, ejercerse en común en caso de declaración conjunta de ambos padres ante el secretario

jefe del tribunal de primera instancia o por decisión del juez de familia.»

III.- Al final del primer párrafo del artículo 365 de ese Código se sustituirán las palabras «pero éste conservará su ejercicio» por la expresión «el cual conservará en exclusiva su ejercicio, a reserva de una declaración conjunta con el adoptante ante el secretario jefe del tribunal de primera instancia a los efectos de un ejercicio en común de esa potestad».

IV.- El texto de los artículos 373 y 373-1 de ese Código será el siguiente:

«Art. 373.- Será privado del ejercicio de patria potestad el progenitor que no esté en condiciones de manifestar su voluntad a causa de su incapacidad, ausencia o cualquier otro motivo.

«Art. 373-1.- Si uno de los progenitores fallece o se halla privado del ejercicio de la patria potestad, el otro ejerce en solitario tal potestad.»

V.- Antes del artículo 373-3 de ese Código, se insertará un párrafo 3 formulado en los términos siguientes:

«§3.-De la intervención del juez en los asuntos de familia

«Art. 373-2-6.-El juez del tribunal de primera instancia que entienda en los asuntos de familia tramitará los casos que se le sometan en virtud del presente capítulo, velando especialmente por la protección de los intereses de los hijos menores.

El juez podrá adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres. En particular, podrá ordenar que se inscriba en el pasaporte de los progenitores la prohibición de salir del territorio francés sin autorización de ambos padres.

Art. 373-2-7.-Los progenitores podrán recurrir al juez de familia para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución al mantenimiento y a la educación del niño.

El juez ratificará el convenio, salvo si constatase que no preserva suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los progenitores no se ha dado libremente.

Art. 373-2-8 (*nuevo*).- Cualquiera de los progenitores, o el ministerio fiscal, o terceros a través del ministerio fiscal, podrán solicitar al tribunal que establezca las modalidades del ejercicio de la patria potestad y de la contribución al mantenimiento del niño.

Art. 373-2-9 (*nuevo*).-En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.

Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.

Art. 373-2-10.-En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes.

Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto.

Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida.

Art. 373-2-11.-Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá necesariamente en cuenta:

1º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;

2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;

3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;

4º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse;

5º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

Art. 373-2-12 (*nuevo*).-Antes de adoptar cualquier decisión sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o la custodia de los niños por un tercero, el juez podrá encargar a una persona calificada la realización de un informe social, cuyo objetivo será reunir datos sobre la situación de la familia y las condiciones en que viven y se educan los niños.

Si uno de los padres impugna las conclusiones del informe social, el juez podrá, a instancia suya, ordenar la realización de un contrainforme.

El informe social no podrá utilizarse en el debate sobre la causa del divorcio.

Art. 373-2-13.-El juez podrá en todo momento, a instancias de ambos padres o de uno de ellos, de un miembro de la familia o del ministerio público, modificar o completar las disposiciones del convenio ratificado, así como las decisiones relativas al ejercicio de la patria potestad.

Artículo 6

I.- Después del artículo 373-3 del Código Civil se insertará un signo divisorio y un título formulados en los términos siguientes:

«§ 2. Del ejercicio de la patria potestad por los padres separados»

II.- El artículo 373-2 del mismo Código se formulará en los términos siguientes:

Art.373-2.- La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad.

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

Todo cambio de residencia de uno de los progenitores, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la pa-

tria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juez de familia que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para el mantenimiento y la educación del niño.

III (nuevo).- A continuación del artículo 373-2 del mismo Código, se insertarán cinco artículos, numerados del 373-2-1 al 373-2-5 y expresados en los términos siguientes:

Art. 373-2-1.- Si el interés del niño lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.

El ejercicio del derecho de visita y de acogida domiciliaria de los hijos no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Este segundo progenitor conserva el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño, deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor y deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2.

Art. 373-2-2.- En caso de separación entre los padres, o entre éstos y el niño, la contribución a su mantenimiento y educación adoptará la forma de pensión alimenticia, que será entregada, según sea el caso, por uno de los padres al otro, o a la persona a quien se haya confiado el cuidado del niño.

Las modalidades y las garantías de esa pensión alimenticia se fijarán en el convenio ratificado previsto en el artículo 373-2-7 o, en su defecto, mediante resolución del juez.

Tal pensión podrá adoptar, en su totalidad o en parte, la forma de pago directo de los gastos en que incurra el niño.

Asimismo, podrá pagarse, en su totalidad o en parte, en forma de derecho de uso o de habitación.

Art. 373-2-3.- Cuando la consistencia de los bienes del deudor lo permita, la pensión alimenticia podrá sustituirse, en su totali-

dad o en parte, y de acuerdo con las modalidades y garantías previstas en el convenio ratificado o establecidas por el juez, por el depósito de una suma de dinero en un organismo acreditado que se encargará de entregar al niño en contrapartida una renta ajustada a las variaciones de los precios, por la cesión de bienes en usufructo o por la asignación de bienes que generen rentas.

Art. 373-2-4.- Con posterioridad podrá solicitarse, si procede, la asignación de un complemento, principalmente en forma de pensión alimenticia.

Art. 373-2-5.- El progenitor que asuma la responsabilidad principal de un hijo mayor de edad que no pueda por sí mismo subvenir a sus necesidades podrá solicitar al otro progenitor la entrega de una contribución para el mantenimiento y la educación del hijo. El juez podrá decidir, o los progenitores podrán acordar, que esa contribución se entregue, en su totalidad o en parte, directamente al hijo.»

*****Texto íntegro original de la Ley:**

<http://www.assemblee-nat.fr/ta/ta0806.pdf> (en el sitio web de la Asamblea Nacional Francesa)

http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_notow?numjo=JUSX0104902L (en el boletín oficial francés - *Legifrance*-)

EJEMPLO DE SENTENCIA DICTADA EN APLICACIÓN DE LA LEY SÉGOLENE ROYAL DE 4 DE MARZO DE 2002 POR EL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE AMIENS PARA CONCEDER LA RESIDENCIA ALTERNA DE UN NIÑO DE 18 MESES, A PESAR DE LA VIVA OPOSICIÓN DE SU MADRE

Fundamentos:

Considerando establecido que para un niño la presencia a partes iguales de cada uno de sus padres sólo puede tener efectos benéficos para su desarrollo;

Que, habida cuenta de la separación de los padres, tal situación sólo puede llevarse a cabo mediante la residencia alterna;

Considerando que la edad del niño (18 meses) no puede constituir un obstáculo serio; Considerando que las críticas y sospechas de la Sra. (...) en cuanto al comportamiento del Sr.(...) no pueden ser tenidas en cuenta para impedir que este padre se ocupe normalmente de su hijo; Considerando que, en consecuencia, es posible la residencia alterna del niño, ya que las dificultades de relación entre los padres no constituyen un obstáculo suficiente;

Decisión:

Ordena con carácter provisional y por el periodo de un año, la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de sus padres y la organiza de la forma siguiente, salvo mejor acuerdo de los padres:

Durante el periodo escolar, en semanas alternas con cada uno de sus padres, llevándose a cabo la entrega del niño el viernes a las 19 horas y siendo el progenitor que va hacerse cargo del niño quien vendrá a buscarlo al domicilio del otro progenitor.

Durante las vacaciones escolares de corta o larga duración, el niño pasará con la madre la primera mitad en los años pares, y la segunda mitad en los impares; el padre tendrá la residencia durante la otra mitad.

***Texto íntegro de la sentencia: <http://residencealternee.free.fr/appelAmiens.pdf>

ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos, la custodia compartida [*shared custody*] (o «custodia conjunta» [*jointcustody*], según la terminología más frecuente en ese país) es una realidad que, durante los últimos años, ha ganado terreno de forma imparable, hasta el punto de ser ya la fórmula adoptada como presunción inicial en casi todas las legislaciones sobre divorcio de los distintos estados. En general, es preciso distinguir entre dos formas de custodia: compartida o conjunta:

- *Custodia legal conjunta*: significa que los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño; suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia, que varía según los distintos estados.

- *Custodia física conjunta*: significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los periodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. En general, se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño, siendo frecuentes los repartos al 50%.

Cabe señalar que, en diversos estados (por ejemplo, California o Montana), la expresión «custodia conjunta» comprende tanto la custodia legal como la custodia física, mientras que la legislación de otros estados (como Florida o Michigan) prevé simplemente la «custodia alterna» [*rotating custody*]. La custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada *a priori* como más idónea por la mayoría de las legislaciones. Por otra parte, tanto la inmensa mayoría de los estatutos y legislaciones de divorcio, como la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la

Custodia de Niños [*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (UCCJEA)*]⁴, de 1997, adoptada por unos 20 estados, recomiendan el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio.

En 1995, el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias [*National Center for Health Statistics (NCHS)*], sobre la base de datos de 19 estados, estableció los porcentajes de custodias físicas maternas, paternas y conjuntas asignadas judicialmente en 1989 y 1990. Los resultados mostraban grandes diferencias en los porcentajes de custodia física conjunta según los distintos estados. Pero cabe destacar que, ya en 1990, los porcentajes de custodia física conjunta habían aumentado respecto del año anterior y se situaban entre el 30 y el 50 por ciento en algunos estados, en particular en los siguientes:

- Connecticut (36,4%)
- Idaho (33,2%)
- Kansas (43,6%)
- Montana (44,0%)
- Rhode Island (31,7%)

La política común que inspira, en mayor o menor grado, las legislaciones estadounidenses más progresistas sobre divorcio se basa en el **derecho fundamental del niño** a mantener con ambos padres un nivel similar de contacto al existente antes de la ruptura del matrimonio. Aparte de la custodia conjunta, esa política se plasma también en el denominado «principio del progenitor más generoso», según el cual, en los casos en que se haya de otorgar la custodia en exclusiva, será factor determinante para asignarla a uno u otro de los padres la capacidad respectiva que cada uno de ellos muestre para favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.

⁴ Puede consultarse en: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>.

Estados Unidos:

Legislaciones de diversos estados en materia de custodia

A continuación presentamos, a título de ejemplo, los párrafos más significativos de la legislación sobre divorcio y custodia de algunos estados en los que es práctica corriente la custodia física conjunta. Aunque entendemos que en tales legislaciones abundan los aspectos claramente mejorables, todas ellas tienen en común la apuesta inequívoca por la custodia compartida.

MAINE

(*Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations § 1653, sub-§1* - Fecha de entrada en vigor: 21-09-2001)

§ 1653. Derechos y responsabilidades de los padres

1. A. El Parlamento considera y declara que es **política pública fomentar la resolución de los litigios entre los padres a través de la mediación**, en aras del mejor interés del niño.

C. El Parlamento considera y declara que es **política pública de este estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o el divorcio de éstos**, y que es de interés público alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para hacer efectiva esa política. [...]

2. A. Cuando los padres hayan llegado a un acuerdo sobre una sentencia de derechos y responsabilidades parentales compartidos [...], el tribunal dictará esa sentencia, a menos que existan pruebas claras y convincentes que lo desaconsejen. El tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que ha denegado la sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales acordada por los padres

2.D. La sentencia del tribunal en que se establezcan los derechos y las responsabilidades parentales incluirá los elementos siguientes:

1) El reparto de derechos y responsabilidades parentales, la compartición de derechos y responsabilidades parentales o la concesión exclusiva de derechos y responsabilidades parentales, en función del mejor interés del niño, según lo previsto en el apartado 3. Una sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales podrá incluir la asignación de la atención residencial primaria del niño a uno de los padres y derechos de contacto al otro padre, o la compartición de la atención residencial primaria del niño a ambos padres. **Si uno de los padres o ambos solicitan una sentencia de atención residencial primaria compartida y el tribunal no la concede, el tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que la atención residencial primaria compartida no coincide con el mejor interés del niño.**

4. Igual consideración de los padres. Al determinar los derechos y responsabilidades parentales, el tribunal no podrá conceder preferencia a uno de los progenitores respecto del otro debido al sexo de ese progenitor o a la edad o el sexo del hijo.

***Texto original: <http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/title19-Asec1653.html>

<http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/title19-Ach55.pdf>

CALIFORNIA

(California Family Code)

3002. Por «custodia conjunta» se entenderá la custodia física conjunta y la custodia legal conjunta.

3003. Por «custodia legal conjunta» se entenderá que ambos padres compartirán el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño.

3004. Por «custodia física conjunta» se entenderá que cada uno de los padres tendrá períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos padres, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 3011 y 3020.

3020. b) El poder legislativo considera y declara que es política pública de este estado garantizar a los hijos el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, o tras el final de su relación, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política, excepto si ese contacto no es compatible con el mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en el artículo 3011.

3040. a) La custodia deberá concederse por el siguiente orden de preferencia, según el mejor interés del niño tal como se prevé en los artículos 3011 y 3020:

1) A ambos padres conjuntamente, con arreglo al dispuesto en el capítulo 4 (a partir del artículo 3080), o a cualquiera de ellos. Al dictar una orden de concesión de la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los dos padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del niño con el progenitor no custodio, de conformidad con los artículos 3011 y 3020, y no dará preferencia a uno de los padres como custodio por razón de su

sexo. El tribunal puede, si lo considera oportuno, pedir a los padres que presenten un plan para la aplicación de la sentencia de custodia.

3080. **Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño**, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 3011, siempre que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en audiencia pública celebrada para determinar la custodia del niño.

3082. Cuando se apruebe o se deniegue una solicitud de custodia conjunta, el tribunal hará constar en su decisión, a petición de cualquiera de las partes, las razones para aprobar o denegar la solicitud de custodia. Una declaración de que la custodia física conjunta coincide, o no coincide, con el mejor interés del niño no es suficiente para satisfacer los requisitos del presente artículo.

***Texto original:

<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=fam&codebody=custody&hits=20>
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/fam.html>

LOUISIANA

(Civil Code, art. 131. Custody of children pending the litigation)

A. Si el matrimonio tiene hijos cuya custodia provisional reclamen tanto el marido como la mujer en el transcurso del proceso, la custodia se concederá según el siguiente orden de preferencia, de conformidad con el mejor interés del niño:

1) **A ambos padres conjuntamente.** El tribunal, salvo excepción por causa válida, requerirá a los padres para que presenten un plan de custodia, o los padres a título individual o por mutuo acuerdo podrán presentar un plan de custodia al tribunal antes de que adopte una decisión al respecto. El plan deberá asignar los periodos en que cada uno de los padres disfrutará la custodia física de los niños [...]

2) **A cualquiera de los padres.** Al atribuir la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con el progenitor no custodio, y no dará preferencia como custodio a ninguno de los padres por razón de su sexo o raza. La carga de la prueba de que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.

C. Existirá una presunción de derecho de que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. [...] La presunción a favor de la custodia compartida podrá refutarse si se demuestra que no coincide con el mejor interés del niño, tras el examen de las pruebas presentadas [...]

D. A los efectos del presente artículo, se entenderá por «custodia compartida» que los padres compartirán, en la medida de lo posible, la custodia física de los hijos del matrimonio. [...]

Ambos padres compartirán la atención y la custodia físicas de tal forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres.

I. En cualquier procedimiento sobre custodia o visitas, el tribunal, por propia iniciativa o a petición de cualquiera de las partes, podrá requerir a las partes para que solucionen sus diferencias mediante la **mediación**. El tribunal podrá ordenar que una de las partes, o ambas conjuntamente, paguen por anticipado las costas de la mediación. [...] Las partes podrán elegir al mediador o, a falta de acuerdo, podrá elegirlo el tribunal.

IOWA

(Iowa Family Code 1999, section 598.41)

1. a. El tribunal, en la medida en que sea razonable y coincida con el mejor interés del niño, dictará sentencia de custodia, incluido, en su caso, un amplio derecho de visita, que asegurará al niño el **máximo y continuo contacto físico y emocional con ambos padres tras la separación o el divorcio, e invitará a ambos padres a compartir los derechos y las responsabilidades de la crianza del niño**, a menos que de ello resulte un daño físico directo o un daño emocional importante para el niño, para otros hijos o para uno de los padres.

b. No obstante lo dispuesto en el párrafo «a», existirá una presunción de derecho contra la concesión de la custodia compartida si el tribunal constata que existen antecedentes de violencia doméstica.

c. El tribunal considera la denegación por uno de los padres del contacto máximo y constante del niño con el otro padre sin causa justificada como un factor significativo para determinar el régimen de custodia. [...]

2. b. En caso de que no otorgue la custodia conjunta con arreglo a esta subsección, el tribunal deberá citar pruebas claras y convincentes, con arreglo a los factores mencionados en la subsección 3, por las que la custodia conjunta carece de fundamento y no redundaría en el mejor interés del niño [...].

OKLAHOMA

(Oklahoma Statutes, 43 O.S. §109-118)

43 O.S. §109

A. Al conceder la custodia de un hijo menor no casado [...], el tribunal tendrá en cuenta los elementos que, en principio, constituyen el mejor interés para el bienestar físico, mental y moral del niño.

B. El tribunal, de conformidad con lo dispuesto en la subsección A de la presente sección, podrá conceder el cuidado, la custodia y el control de un niño a cualquiera de los padres o a ambos conjuntamente. A los fines del presente artículo, las expresiones custodia, cuidado y control conjuntos significan que los padres comparten en su totalidad o en algunos aspectos el cuidado, la custodia y el control físico y legales de sus hijos.

C. Si cualquiera de los padres, o ambos, han solicitado la custodia conjunta, presentarán al tribunal sus planes para el ejercicio del cuidado, la custodia y el control conjuntos de su hijo.

Los padres podrán presentar un plan conjuntamente o planes por separado. [...]

H. En caso de litigio entre los padres respecto de la custodia conjunta de un hijo y la interpretación de dicho plan, el tribunal podrá nombrar un mediador para resolver el litigio.

[...]

43 O.S. §110.1

Es política de este estado asegurar a los hijos menores un contacto frecuente y continuo con los padres que han mostrado capacidad para actuar en función del mejor interés de sus hijos y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Para llevar a cabo esa política, y **en caso de que uno de los padres lo solicite, el tribunal proporcionará a ambos padres un acceso sustancialmente igual al hijo menor de edad**, a menos que consi-

dere que tal régimen de coparentalidad resultará perjudicial para los hijos. **La carga de la prueba de que tal régimen de coparentalidad es perjudicial para el niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.**

43 O.S. §112

C. 1. Cuando coincida con el mejor interés de un hijo menor de edad no casado, el tribunal: a. asegurará a los hijos un contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o ruptura matrimonial de éstos, y b. alentará a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política. [...].

3. Cuando coincida con el mejor interés del niño, la custodia se concederá de forma que asegure el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres. Al conceder la custodia a cualquiera de los padres, el tribunal: a. tendrá en cuenta, entre otros aspectos, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el hijo o los hijos mantengan un contacto frecuente y continuo con el progenitor no custodio, y

b. **no dará preferencia como custodio a uno de los padres por razón de su sexo.**

***Texto original:

http://oklegal.onenet.net/oklegal-cgi/get_statute?99/Title.43/43-109.html

KANSAS

(Kansas Statute No. 60-1610, cap. 60, art. 16)

3) *Criterios aplicables a la custodia y residencia de los hijos.* El tribunal determinará la custodia o la residencia de un niño de conformidad con el mejor interés de ese niño.

A) Si las partes han suscrito un plan de responsabilidad parental, deberá darse por supuesto que el acuerdo suscrito coincide con el mejor interés del niño. El tribunal podrá pasar por alto esta presunción y dictar una sentencia distinta si concluye que el plan de responsabilidad acordado no coincide con el mejor interés del niño.

B) Al decidir sobre la custodia y la residencia del niño y el tiempo de convivencia con sus padres, el tribunal tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

i) el período durante el cual el niño ha estado bajo el cuidado y el control real es de cualquier persona que no sería uno de los padres y las circunstancias del caso;

ii) los deseos de los padres respecto de la custodia o residencia;

iii) los deseos del niño respecto de la custodia o residencia;

iv) la interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos y otras personas que puedan determinar significativamente el mejor interés del niño;

v) la adaptación del niño a su hogar, escuelas y comunidad;

vi) la buena disposición y capacidad de cada padre para respetar y apreciar la relación entre el niño y el otro padre y para permitir una relación continua entre ambos; y

vii) la constatación de malos tratos conyugales.

En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (*infant*) o del niño de corta edad (*young child*).

4) *Regímenes legales de custodia.* Con sujeción a las disposiciones del presente artículo, el tribunal podrá dictar sentencia respecto del régimen de custodia más favorable para el mejor interés del niño. La sentencia establecerá uno de los siguientes regímenes legales de custodia, por este orden de preferencia:

A) *Custodia legal conjunta.* El tribunal podrá ordenar la **custodia legal conjunta de un niño por ambos padres**. En tal caso, las partes tienen idénticos derechos para adoptar decisiones basadas en el mejor interés del niño.

B) *Custodia legal exclusiva.* Cuando considere que ambas partes no deben tener idénticos derechos para adoptar decisiones respecto del niño, el tribunal podrá ordenar la custodia legal exclusiva de un niño a favor de una de las partes. Si el tribunal no ordena la custodia legal conjunta, hará constar en su sentencia las conclusiones de hecho en que se basa la decisión sobre custodia legal exclusiva. La adjudicación de la custodia legal exclusiva a uno de los padres no privará al otro del acceso a la información relativa al niño, a menos que el tribunal así lo ordene, exponiendo las razones para tal determinación.

5) *Regímenes de residencia.* Tras establecer el régimen de custodia legal, el tribunal determinará la residencia del niño en función del mejor interés de éste y sobre la base de las opciones siguientes. Las partes presentarán al tribunal un plan de responsabilidad parental acordado o, en caso de divergencia, someterán posibles planes a la consideración del tribunal.

Las opciones son las siguientes:

A) *Residencia.* El tribunal podrá ordenar un **régimen de residencia que permita al niño vivir con uno de sus padres o con ambos**, en función del mejor interés del niño.

IDAHO

(Idaho Statutes, Title 32 - Domestic relations, Chapter 7 - Divorce Actions)

32-717B. CUSTODIA CONJUNTA.

1) Por «custodia conjunta» se entenderá una orden que otorgue la custodia del hijo o los hijos menores a los dos padres y establezca que **la custodia física será compartida por ellos de forma que se garantice el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con ambos**. El tribunal podrá conceder la custodia física conjunta, la custodia legal conjunta o ambas a los padres o las partes según considere que convenga más al mejor interés del hijo o los hijos menores. Si el tribunal opta por denegar una sentencia de custodia compartida, deberá exponer en su decisión las razones para tal denegación.

2) Por «custodia física conjunta» se entenderá una orden que otorgue a cada uno de los padres períodos significativos en los que el niño residirá con cada uno de los padres o partes y estará bajo su cuidado y supervisión.

Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres, lo que no significa necesariamente que el tiempo que pase el niño con cada padre deba tener exactamente la misma duración, ni tampoco significa necesariamente que el niño deba alternar su estancia con cada padre durante períodos sucesivos.

El tribunal determinará la cantidad real de tiempo de convivencia con cada progenitor. [...]

4) Excepto en los casos previstos en el párrafo 5) del presente artículo, y siempre que no prevalezcan pruebas en contrario, **existirá la presunción de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del hijo o los hijos menores**.

***Texto original: <http://www3.state.id.us/idstat/TOC/32007KTOC.html>

ILLINOIS

(Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/)
(750 ILCS 5/602.1)

b) A solicitud de cualquiera de los padres o de ambos, o por iniciativa propia, el tribunal examinará la posibilidad de otorgar la custodia conjunta. Por custodia conjunta se entenderá la custodia establecida con arreglo a un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta o una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. En tales casos, el tribunal pedirá inicialmente a los padres que presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta. En tal Acuerdo se especificarán las facultades, los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres para el cuidado personal del niño y las decisiones importantes, tales como las relativas a la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa. [...] En caso de que los padres no presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, el tribunal podrá dictar la pertinente Orden de Responsabilidad Parental Conjunta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 602, que establecerá y contendrá los mismos elementos del Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, o podrá conceder la custodia exclusiva con arreglo a lo previsto en los artículos 602,6007 y 608.

c) El tribunal podrá dictar una orden de custodia conjunta si determina que esa custodia conjunta redundará en beneficio del mejor interés del niño, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1) la capacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en las cuestiones que afecten directamente la responsabilidad parental conjunta o al niño. Por «capacidad de los padres para cooperar» se entenderá la capacidad de los padres para cumplir sustancialmente una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. El tribunal no tendrá en cuenta la incapacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en cuestiones que no afecten directamente la responsabilidad parental conjunta del niño;

- 2) las circunstancias residenciales de cada padre; y
- 3) cualquier otro factor relacionado con el mejor interés del niño.

d) Ninguna disposición del presente artículo deberá interpretarse en el sentido de que la custodia conjunta conlleve necesariamente el mismo tiempo de convivencia con cada progenitor. La residencia física del niño en las situaciones de custodia conjunta se determinará por:

- 1) acuerdo expreso de las partes; o
- 2) orden del tribunal con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

***Texto original:

<http://www.legis.state.il.us/ilcs/ch750/ch750act5articles/ch750act5artstoc.htm>

MISSOURI

(Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375. Entrada en vigor: 28 de agosto de 2001)

452.375.1

3) Por «custodia física conjunta» se entenderá una orden en virtud de la cual se concedan a cada uno de los padres períodos de tiempo significativos, aunque no necesariamente iguales, durante los cuales el niño residirá con cada uno de los padres o estará bajo su cuidado y supervisión. **Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño un contacto frecuente, continuo y significativo con ambos progenitores;** [...]

2. El tribunal determinará la custodia de conformidad con el mejor interés del niño y, a tal efecto, tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

- 1) los deseos de los padres respecto de la custodia y el plan de responsabilidad parental presentado por ambas partes;
- 2) la necesidad del niño de una relación frecuente, continua y significativa con ambos padres y la capacidad y buena disposición de éstos para desempeñar activamente sus funciones maternas y paternas y atender las necesidades del niño;
- 3) la interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar significativamente al mejor interés del niño;
- 4) la propensión de cada padre a permitir un contacto frecuente, continuo y significativo con el otro progenitor; [...]

4. La Asamblea General considera y declara política pública de este estado que el contacto frecuente, continuo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio coincide con el mejor interés del niño, excepto en los casos en que los tribunales constaten expresamente que tal contacto no

coincide con el mejor interés del niño, y que es política pública de este estado invitar a los padres a participar en las decisiones que afecten la salud, la educación y el bienestar de sus hijos y a resolver los litigios relacionados con sus hijos de forma amistosa mediante un procedimiento alternativo de mediación. **Para poner en práctica estas políticas, los tribunales establecerán el régimen de custodia que mejor garantice la participación de ambos padres en tales decisiones, así como el contacto frecuente, continuo y significativo con sus hijos, siempre que ello coincida con el mejor interés del niño.**

5. Antes de establecer el correspondiente régimen de custodia con arreglo al mejor interés del niño, el tribunal examinará cada una de las siguientes posibilidades por este orden:

1) **concesión de la custodia física y legal conjunta a ambos padres, que no se denegará únicamente porque uno de ellos se oponga a esa concesión de la custodia conjunta.** Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza;

2) concesión de la custodia física conjunta, al tiempo que se concede a una de las partes la custodia legal exclusiva. Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza;

3) concesión de la custodia legal conjunta, y de la custodia física exclusiva a una de las partes;

4) concesión de la exclusiva a cualquiera de los padres; o

5) concesión de la custodia o de derechos de visita a terceros. [...]

8. No se podrá otorgar preferencia a ninguno de los progenitores de un niño en la concesión de la custodia por motivos de la edad, el sexo o la situación financiera de ese progenitor, ni en función de la edad o el sexo del niño.

9. Toda sentencia relativa a la custodia incluirá un plan de responsabilidad parental expuesto por escrito en que se establezcan las condiciones del régimen de responsabilidad parental con arreglo a lo previsto en el párrafo siete del artículo 452.310. Tal plan podrá ser un plan de responsabilidad parental presentado por las partes con arreglo al artículo mencionado o, en su defecto, un plan establecido por el tribunal [...]

ALASKA

(*Alaska Statutes, title 25 – AS 25.20.060*)

a) [...] El tribunal otorgará la custodia sobre la base del mejor interés del niño. Al determinar cuál es el mejor interés del niño, el tribunal tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los enumerados en AS 25.24.150 c). En una determinación de custodia formulada en virtud de la presente sección, el tribunal establecerá un régimen de visitas a favor de un abuelo u otra persona si ello coincide con el mejor interés del niño.

b) Ninguno de los padres, con independencia de la cuestión de la legitimidad del niño, tendrá preferencia a efectos de la adjudicación de la custodia.

c) El tribunal podrá conceder la custodia compartida [*shared custody*] a ambos padres si considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. Una sentencia de custodia compartida asegurará que el niño tenga contacto frecuente y continuo con cada uno de los padres en la mayor medida posible.

AS 25.20.080. Mediación en relación con la custodia del niño.

a) [...] en cualquier momento, dentro de los 30 días siguientes a la presentación de una solicitud de custodia presentada de conformidad con la disposición AS 25.20.060, el tribunal podrá ordenar a las partes que se sometan a mediación.

***Texto original: <http://touchngo.com/iglcntr/akstats/Statutes/Title25/Chapter20.htm>

PENSILVANIA

(*Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations*)

§ 5301. Declaración de política

La Asamblea General declara que es política pública de este estado, cuando ello redunde en beneficio del mejor interés del niño, garantizar un contacto razonable y continuo del niño con ambos padres tras la separación o ruptura del matrimonio, y la compartición de los derechos y responsabilidades de la crianza del niño por ambos padres, así como el contacto continuo del hijo o los hijos con sus abuelos en caso de fallecimiento de uno de sus padres, o de divorcio o separación de sus padres.

§ 5302. Definiciones

[...]

«Custodia compartida». Orden por la que se concede la custodia legal compartida o la custodia física compartida de un niño, o ambas, de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres y el acceso material a ambos. [...]

§ 5303. Concesión de la custodia, de la custodia parcial o del derecho de visita.

a) Norma general.- Al dictar una sentencia de custodia, custodia parcial o derecho de visita a favor de cualquiera de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres favorecerá y permitirá con mayor probabilidad el contacto y el acceso material frecuentes y continuos entre el progenitor no custodio y el niño.

§ 5304. Concesión de la custodia compartida

El tribunal podrá dictar sentencia de custodia compartida cuando ello coincida con el mejor interés del niño:

1. a solicitud de uno de los padres o de ambos;
2. cuando las partes se hayan puesto de acuerdo sobre la concesión de la custodia compartida; o
3. según las facultades discrecionales del tribunal.

§ 5306. Plan de aplicación de la sentencia de custodia

El tribunal podrá, si lo considera oportuno, requerir a los padres para que presenten un plan de aplicación de una orden dictada con arreglo al presente subcapítulo. A petición de cualquiera de los padres o del tribunal, la sección de relaciones domésticas del tribunal u otra parte u organismo autorizado por el tribunal, ayudarán a los padres a formular y aplicar el plan.

NEVADA

(Nevada Revised Statutes, Chapter 125)

NRS 125.460 Política del Estado. El Parlamento declara como política de este estado la siguiente:

1. Asegurar que los hijos menores de edad mantengan contactos frecuentes y una relación continua con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio; y
2. Alentar a esos padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos.

NRS 125.480 Mejor interés del niño; preferencias; consideraciones del tribunal; presunción cuando el tribunal determine que el progenitor o la persona que conviva con el niño es perpetrador de violencia doméstica.

1. Al determinar la custodia de un hijo menor de edad en relación con una demanda interpuesta con arreglo al presente capítulo, la única consideración del tribunal es el mejor interés del niño. Si el tribunal considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño, podrá conceder la custodia a las partes conjuntamente.
2. No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea la madre o el padre del niño.
3. El tribunal otorgará la custodia por el siguiente orden de preferencia, a menos que, en determinados casos, el mejor interés del niño requiera otro criterio:

a) **A ambos padres conjuntamente**, de conformidad con la disposición NRS 125.490, o **a cualquiera de ellos**. Si no dicta sentencia de custodia conjunta de un niño después de que cualquiera de los padres la haya solicitado, el tribunal deberá exponer en

su sentencia los motivos por los que se ha negado a la solicitud de ese progenitor. Al otorgar la custodia a cualquiera de los padres, el tribunal deberá tener presentes, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño tenga relaciones frecuentes y continuas con el progenitor no custodio.

NRS 125.490 Custodia conjunta

1. Se da por supuesto, salvo prueba en contrario, que la custodia conjunta coincide con el mejor interés de un hijo menor si los padres han acordado la atribución de la custodia conjunta o lo acuerdan ante el tribunal en sesión pública celebrada para determinar la custodia del hijo o los hijos menores del matrimonio.

2. El tribunal podrá conceder la custodia legal conjunta sin otorgar la custodia física conjunta en caso de que los padres hayan optado de mutuo acuerdo por la custodia legal conjunta.

3. A fin de determinar con mayor propiedad la conveniencia de una resolución de custodia conjunta, el tribunal podrá ordenar que se lleve a cabo una investigación.

MONTANA

(*Montana Code Annotated 1995*)

40-4-222. Declaración de la intención del legislador - custodia conjunta.

El poder legislativo del estado de Montana considera y declara que es política pública de este estado **garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política.** El poder legislativo considera que los tribunales de distrito del estado de Montana están facultados para otorgar la custodia conjunta, siempre que, a su entender, coincida con el mejor interés del niño en el caso concreto que examinen. La finalidad de los párrafos 40-4-222 a 40-4-225 es establecer determinadas directrices para la resolución de las diferencias sobre la custodia.

40-4-223. Concesión de la custodia conjunta o individual.

1) En los litigios relativos a la custodia de un hijo menor en que las partes sean ambos padres, el tribunal otorgará la custodia en función del mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en la sección 40-2-212:

a) **a ambos padres conjuntamente;** el tribunal averiguará si se ha suscrito, con conocimiento de causa y de modo voluntario, un acuerdo de custodia conjunta; o

b) **a cualquiera de los padres.** Al adjudicar la custodia a uno de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, junto con los factores enunciados en la sección 40-4-212, **cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño mantenga un contacto frecuente y continuo con el progenitor no custodio, y no podrá establecer preferencia a favor de uno de los padres como custodio por razón de su sexo.**

2) Al adoptar una resolución, el tribunal requerirá la presentación de un plan para la aplicación de la orden de custodia.

3) El tribunal expondrá en su decisión las razones y los factores que ha tenido en cuenta para adoptar su resolución.

40-4-224. Custodia conjunta – modificación - consulta con profesionales.

1) Si uno de los padres o ambos solicitan la custodia conjunta, el tribunal da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés de un hijo menor, salvo que el tribunal considere, con arreglo a los factores expuestos en la sección 40-4-212, que la custodia conjunta no redundará en beneficio del mejor interés del hijo menor. Si decide no dictar una orden de custodia conjunta, el tribunal expondrá en su decisión las razones por las que ha denegado la custodia conjunta. La objeción a la custodia conjunta por un progenitor que trate de obtener la custodia exclusiva no es base suficiente para considerar que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño, como tampoco lo es la constatación de que exista hostilidad entre los progenitores. Sin embargo, la constatación de que uno de los padres ha maltratado físicamente al otro o al niño constituye base suficiente para determinar que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

2) A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, por «custodia conjunta» se entenderá una orden que conceda la custodia del hijo menor a ambos padres y establezca que la custodia y la residencia físicas del niño se repartirán entre los padres de forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos progenitores. La distribución del tiempo de convivencia entre los padres deberá ser lo más equitativa posible; no obstante,

a) cada caso se determinará en función de sus aspectos prácticos, siendo la consideración fundamental el mejor interés del niño; y

b) al distribuir el tiempo de convivencia entre los padres, el tribunal tendrá en cuenta el efecto de esa distribución en la estabilidad y continuidad de la educación del niño.

3) Cualquier orden de custodia conjunta podrá modificarse de acuerdo con la sección 40-4-219 a efectos de poner fin a la custodia conjunta.

4) El tribunal podrá, en cualquier momento, instar a las partes a que consulten con profesionales calificados que les ayuden a elaborar un plan para la aplicación de la sentencia de custodia o resolver cualquier disensión que surja en la aplicación de tal plan.

MISSISSIPPI

(Mississippi Code of 1972, as amended by Laws 2000, Ch. 453, Sec. 1, HB214; en vigor desde el 1 de julio de 2000).

SEC. 93-5-24 Tipos de custodia concedidos por los tribunales; custodia conjunta; no presunción a favor de la custodia materna; acceso del progenitor no custodio a la información relativa al niño

1) La custodia se concederá, en función del mejor interés del niño, con arreglo a las modalidades siguientes:

a) **Custodia física y legal a ambos padres conjuntamente**, de conformidad con las subsecciones 2 a 7.

b) **Custodia física a ambos padres conjuntamente**, de conformidad con las subsecciones 2 a 7, y **custodia legal a cualquiera de ellos**.

c) Custodia legal a ambos padres conjuntamente, de conformidad con las subsecciones 2 a 7, y custodia física a cualquiera de los padres.

d) Custodia física y legal a cualquiera de los padres. [...]

2) Cuando el fundamento del divorcio sea la existencia de diferencias irreconciliables, podrá concederse la custodia conjunta si ambos padres lo solicitan y el tribunal lo considera oportuno.

3) En los demás casos, el tribunal, en uso de sus facultades discrecionales, podrá conceder la custodia conjunta a solicitud de uno de los padres o de ambos.

4) Se dará por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del menor cuando ambos padres estén de acuerdo en su otorgamiento.

5) a) A los efectos de la presente sección, por «**custodia conjunta**» se entenderá **custodia física y legal conjunta**.

b) A los efectos de la presente sección, por «custodia física» se entenderá la ejercida en los periodos en que el niño resida con uno de sus padres o esté a su cargo y bajo su supervisión.

c) A los efectos de la presente sección, por «custodia física conjunta» se entenderá que cada uno de los padres tendrá periodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compar-

tida por los padres de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres. [...]

7) **No existirá presunción a favor de la madre al adjudicar la custodia legal o física en función del mejor interés del niño.**

FLORIDA

(Florida Statutes Annotated)

61.121. Custodia alterna. El tribunal podrá ordenar la custodia alterna si considera que coincide con el mejor interés del niño.

61.13 – 1 e) 2) b) 1 - [...] Es política pública de este estado asegurar que cada hijo menor de edad tenga contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades, así como las satisfacciones, de la crianza de los hijos. Tras el examen de todos los datos pertinentes, **se otorgará al padre la misma consideración que a la madre al determinar la residencia primaria del niño, con independencia de la edad o del sexo del niño.**

61.13 – 1 e) 2) b) 2 a. Al ordenar la compartición de la responsabilidad parental, el tribunal podrá tener en cuenta los deseos expresados por los padres y conceder a una de las partes la responsabilidad final de determinados aspectos del bienestar del niño, o podrá dividir esa responsabilidad entre las partes sobre la base del mejor interés del niño. Entre los aspectos de responsabilidad, podrá incluirse la residencia primaria, la educación, la atención médica y odontológica y otras responsabilidades que el tribunal considere exclusivas de una familia determinada.

61.13 – 1 e) 3) - A efectos de compartición de la responsabilidad parental y atribución de la residencia primaria, el mejor interés del niño comprenderá una evaluación de todos los factores que afecten al bienestar y los intereses del niño, en particular los siguientes:

a) La mayor probabilidad de que uno de los padres permita al niño mantener un contacto frecuente y continuo con el progenitor no residente.

b) La capacidad y disposición de los padres a proporcionar al niño alimentos, vestido, asistencia médica y otros cuidados terapéuticos reconocidos y permitidos por las leyes de este estado como sustitutivos de la asistencia médica, y atender sus restantes necesidades materiales. [...].

j) La buena disposición y capacidad de cada uno de los padres para facilitar y fomentar una estrecha y constante relación familiar entre el niño y el otro progenitor.

k) Los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica de conformidad con el artículo 741.30.

WISCONSIN

(1999-2000 Wisconsin Statutes and Annotations, chapter 767, Actions affecting the family)

767.001 Definiciones

(1s) Por «custodia legal conjunta» se entenderá la condición en virtud de la cual ambas partes comparten la custodia legal, y en ningún caso los derechos de custodia legal de una parte serán superiores a los de la otra, excepto en caso de determinadas decisiones del tribunal o de las partes establecidas en la sentencia u orden definitiva. [...].

(5) Por «convivencia física» se entenderá la condición en virtud de la cual una de las partes tiene derecho a la presencia física del niño y el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones cotidianas ordinarias relativas al cuidado del niño, de conformidad con las decisiones generales adoptadas por una persona que tenga la custodia legal.

767.24 Custodia y convivencia física.

2) CUSTODIA A LAS PARTES: CONJUNTA O EXCLUSIVA.

a) Con sujeción a lo dispuesto en los párrafos a), b) y c), sobre la base del mejor interés del niño y tras considerar los factores expuestos en la subsección 5), el tribunal podrá otorgar la custodia legal conjunta o la custodia legal exclusiva de un hijo menor de edad.

a) **El tribunal dará por supuesto que la custodia legal conjunta coincide con el mejor interés del niño.**

b) El tribunal podrá conceder la custodia legal exclusiva únicamente si considera que ello coincide con el mejor interés del niño y se cumple alguna de las condiciones siguientes:

1) Ambas partes están de acuerdo en otorgar la custodia legal exclusiva a la misma parte.

2) Las partes no están de acuerdo respecto de la concesión de la custodia legal exclusiva a la misma parte, pero al menos una de las

partes solicita la custodia legal exclusiva y el tribunal constata que concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a. Una de las partes no es capaz de desempeñar los deberes y responsabilidades parentales o no desea participar activamente en la crianza del niño.

b. Existen una o varias condiciones que obstaculizarían sustancialmente el ejercicio de la custodia legal conjunta.

4) DETERMINACIÓN DE LA CONVIVENCIA FÍSICA.

a) 2) Al determinar los periodos de convivencia física, el tribunal tendrá en cuenta cada caso en función de los factores previstos en la subsección 5). **El tribunal establecerá un calendario de residencia que permita al niño disfrutar de periodos regulares y significativos de convivencia física con cada uno de los padres y establezca en el nivel máximo posible la cantidad de tiempo que el niño puede pasar con cada progenitor**, teniendo en cuenta la separación geográfica y la ubicación de los distintos hogares. [...]

c) Ningún tribunal podrá denegar o conceder periodos de convivencia física por incumplimiento o cumplimiento de obligaciones financieras para con el niño o, si las partes estuvieron casadas, para con el ex cónyuge.

5) FACTORES QUE SE TENDRÁN EN CUENTA AL DETERMINAR LA CUSTODIA Y LA CONVIVENCIA FÍSICA. Al determinar la custodia legal y los periodos de convivencia física, el tribunal tendrá en cuenta todas las circunstancias relacionadas con el mejor interés del niño. **El tribunal no podrá otorgar preferencia a uno de los padres o potencial custodio sobre el otro por razón de su sexo o raza.**

TEXAS

(Texas Family Code, chapter 153 – Conservatorship, possession and access)⁵

§ 153.001 Política pública

a) Es política pública de este estado:

1) **asegurar que los niños tengan contacto frecuente y continuo con los padres** que han mostrado capacidad para actuar en función del mejor interés del niño;

2) proporcionar al niño un entorno seguro, estable y exento de violencia;

3) **animar a los padres a compartir los derechos y deberes de la crianza de sus hijos tras la separación o ruptura matrimonial.**

b) Ningún tribunal podrá dictar una sentencia que supedita al pago de pensiones alimenticias el derecho de un titular de custodia [conservator] a la convivencia o el contacto con el niño.

§ 153.002 Mejor interés del niño

El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño.

§ 153.003 No discriminación por razón de sexo o estado civil

El tribunal tendrá en cuenta las aptitudes de las partes **con independencia del estado civil o del sexo de cada parte** o del niño al determinar:

1) la concesión de la custodia exclusiva a una parte;

⁵ El Código de Familia de Texas, adoptado en 1997, delimita con gran prolijidad y detalle (a lo largo de 29 páginas) el tiempo de convivencia del niño con cada progenitor. Según estimaciones del comité de la Cámara encargado de su redacción, el tiempo mínimo de convivencia que puede ordenar un juez sobre la base de esta legislación representa el 42% de cada periodo anual, a reserva de distribuciones aún más equitativas impuestas por el juez o previstas en el acuerdo suscrito por los padres. Otro aspecto digno de mención es que el Código prevé que el comienzo y el final de los periodos de convivencia alterna coincidan con los horarios escolares, de forma que los padres depositen y recojan a los niños en el colegio o la guardería, evitándose con ello las ficciones o la simple frialdad de trato en presencia de los niños y favoreciendo la participación de ambos padres en la vida escolar.

2) la concesión de la custodia conjunta a una parte; y
3) los términos y condiciones de la custodia y responsabilidad y del acceso al niño.

§ 153.013 Falsas acusaciones de maltrato infantil.

a) Si una parte en un procedimiento relativo a la relación entre padres e hijos realiza, en el curso del procedimiento, una acusación de maltrato infantil contra la otra parte, a sabiendas de que su acusación carece de fundamento, el tribunal considerará la acusación como deliberadamente falsa.

b) Las pruebas de falsas acusaciones de maltrato infantil son admisibles en un procedimiento entre las partes interesadas a efectos de las condiciones de la custodia del niño.

§ 153.071 Establecimiento por el tribunal de los derechos y deberes de un progenitor designado como progenitor custodio.

Si se concede a ambos padres la custodia del niño, el tribunal especificará los derechos y deberes que han de ejercer:

1) cada progenitor por separado;

2) ambos progenitores por mutuo acuerdo; y

3) exclusivamente uno de ellos.

§ 153.131 Presunción en el nombramiento de progenitor custodio

b) **Existe la presunción de derecho de que el nombramiento de ambos padres para ejercer la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño.** La constatación de antecedentes de violencia familiar por parte de los padres de un niño anula la presunción prevista en esta subsección.

§ 153.251 Política y aplicación general de directrices

b) Es política de este estado fomentar el contacto frecuente entre un hijo y cada uno de sus padres durante periodos de responsabilidad que permitan desarrollar al máximo una relación estrecha y continua entre cada uno de los padres y el niño.

***Texto original: <http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa0015300.html#top>

ALABAMA

(Code of Alabama, 1975, Acts 1996, N° 96-520; en vigor desde el 1 de enero de 1997)

§ 30-3-150. Política de estado

Custodia conjunta.- Es política de este estado asegurar que los niños menores de edad tengan un contacto frecuente y continuo con los padres que hayan mostrado capacidad para actuar según el mejor interés de sus hijos, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Por «custodia conjunta» no se entenderá necesariamente «custodia física en porcentajes iguales».

§ 30-3-151. Definiciones

A los fines del presente artículo, se tendrán en cuenta las definiciones siguientes:

1) **Custodia conjunta:** comprende la custodia legal conjunta y la custodia física conjunta.

2) **Custodia legal conjunta:** ambos padres tienen idénticos derechos y responsabilidades para la adopción de las decisiones importantes relativas al niño, como por ejemplo la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa. El tribunal podrá atribuir determinadas facultades decisorias a un solo progenitor, al tiempo que ambos padres conservan la igualdad de derechos y responsabilidades respecto de otras decisiones.

3) **Custodia física conjunta.** Los padres comparten la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto frecuente y sustancial con cada uno de ellos. La custodia física conjunta no significa necesariamente que los períodos de custodia física tengan idéntica duración.

4) **Custodia legal exclusiva.** [...]

5) **Custodia física exclusiva.** [...]

§ 30-3-152. Consideraciones de los tribunales; factores que se tendrán en cuenta.

a) El tribunal considerará en cada caso la atribución de la custodia conjunta, pero podrá otorgar cualquier forma de custodia en función del mejor interés del niño. [...]

b) El tribunal podrá ordenar una forma de custodia conjunta sin consentimiento de ambos padres cuando considere que el mejor interés del niño lo requiere.

c) Si ambos padres han solicitado la custodia conjunta, se da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño.

§ 30-3-153. Plan de los padres.

a) Para poner en práctica la custodia conjunta, el tribunal requerirá a los padres para que presenten, como parte de su acuerdo, disposiciones sobre las cuestiones relativas al cuidado y la custodia del niño [...]

MICHIGAN

[Child Custody Act]

722.26a Custodia conjunta

Sec. 6a. 1) En los litigios entre padres en relación con la custodia, **se recomendará a los padres la adopción de la custodia conjunta**. Si cualquiera de los padres lo solicita, el tribunal examinará la concesión de la custodia conjunta, y expondrá en su sentencia las razones para otorgar o denegar la solicitud. [...]

2) Si los padres están de acuerdo respecto de la custodia conjunta, el tribunal concederá la custodia conjunta, a menos que determine en su sentencia, sobre la base de pruebas claras y convincentes, que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

3) Si concede la custodia conjunta, el tribunal podrá incluir en su dictamen una declaración respecto del tiempo de residencia del niño con cada uno de los padres, o podrá establecer que los dos progenitores compartan la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto continuo con ambos.

7) A los efectos del presente artículo, **se entenderá por «custodia conjunta»** una orden del tribunal en la que se establezca una de las siguientes disposiciones o ambas:

- a) **Que el niño residirá de forma alterna durante períodos concretos con cada uno de los padres.**
- b) Que los padres compartirán la autoridad para tomar decisiones importantes que afecten al bienestar del niño.

CANADÁ

Informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso (*Special Joint Committee on Custody and Access*) del Parlamento del Canadá (1998)

El informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso del Parlamento del Canadá, titulado «**Por el bien de los niños**» (For the sake of children), es, casi con toda seguridad, la iniciativa parlamentaria de mayor envergadura que se ha llevado a cabo en relación con la custodia compartida, y sus resultados parecían destinados a renovar por completo el régimen de divorcio canadiense, pero chocó con la oposición política de una ministra de Justicia convencida de que «la custodia compartida sólo serviría para perpetuar la influencia y la dominación de los hombres sobre las mujeres.»

Las recomendaciones del Comité, formuladas tras una larga y exhaustiva labor de investigación, podrían resumirse en las siguientes conclusiones básicas:

- Los padres divorciados y sus hijos tienen derecho a una relación recíproca estrecha y continua.
- La legislación deberá modificarse de tal modo que en el divorcio no sea posible la existencia de una «parte ganadora» y una «parte perdedora»; igualmente deberán sustituirse los conceptos de «custodia» y «acceso» por una nueva definición de «coparentalidad» que prevea la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos progenitores tras el divorcio.
- La corta edad del niño no debe ser excusa para limitar su contacto con ninguno de sus progenitores.
- Deberá darse prioridad a los planes o convenios de coparentalidad presentados por ambos padres y fomentarse su utilización, si es necesario mediante el recurso a la mediación familiar.

- En casos de desacuerdo, la mediación familiar deberá ser obligatoria.

- El interés del niño exige un contacto directo y asiduo con ambos progenitores tras el divorcio.

- No deberá otorgarse preferencia a ninguno de los progenitores por razón de su sexo.

Aunque, por interposición del Gobierno, esta extraordinaria iniciativa no se ha plasmado aún en los cambios legislativos que exigiría la coherencia parlamentaria con el mandato asignado al Comité («determinar si es necesario un enfoque de las políticas y prácticas del derecho de familia más orientado hacia el niño y cuya prioridad sea la responsabilización conjunta de ambos padres»), su valor sociológico merece que nos detengamos en su estudio y en la lectura atenta de sus conclusiones.

INFORME DEL COMITÉ MIXTO ESPECIAL SOBRE CUSTODIA Y ACCESO (SPECIAL JOINT COMMITTEE ON CUSTODY AND ACCESS) DEL PARLAMENTO DEL CANADÁ, 1998⁶

ANTECEDENTES, CONTEXTO Y DESARROLLO

En octubre de 1997, por iniciativa de la senadora **Anne Cools**,⁷ secundada por otros representantes, el Parlamento canadiense estableció el **Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso** (*Special Joint*

⁶ Dirección en Internet: <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-e.htm> (en inglés) <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-f.htm> (en francés)

⁷ Anne Cools es senadora por designación desde 1984, año en que el primer ministro Pierre Trudeau la convirtió en el primer miembro del Parlamento de raza negra de la historia del Canadá (en el sistema parlamentario canadiense, los 105 miembros de la Cámara Alta son nombrados por el Gobernador General a propuesta del Primer Ministro). El nombramiento de Anne Cools ocupó las cabeceras de los periódicos y fue aplaudido por los grupos feministas. En 1974, Anne Cools había fundado Women in Transition, uno de los primeros centros de acogida para mujeres maltratadas del Canadá, y siempre fue considerada como una autoridad en materia de violencia doméstica. Lo que en modo alguno fue obstáculo para que años más tarde comenzase a preocuparse por la frecuente violación de los derechos del niño y del padre en los casos de divorcio y a distanciarse de los postulados feministas. «Detrás de cada marido maltratador hay una madre maltratadora», llegó a afirmar en 1995 con ocasión del Día Internacional de la Mujer. ¿Cómo pasó Anne Cools de defensora de las mujeres maltratadas a antifeminista declarada? La Sra. Cools explica que su postura no ha variado en absoluto, sino que es el movimiento feminista el que ha cambiado: «Las feministas radicales han secuestrado el programa. Consideran que los hombres encarnan el mal, y nada las detendrá hasta imponer la superioridad de la mujer.» También ha llevado al Parlamento su lucha contra la utilización de las falsas denuncias en los casos de divorcio como estrategia para obtener la custodia e imponer el alejamiento del padre, «un terrible y pernicioso corazón de la oscuridad que ha cobrado cuerpo en nuestro sistema judicial», según sus propias palabras en el Senado canadiense. (<http://sen.parl.gc.ca/acools/cools00/17feb00.htm>). (La Página web oficial de la senadora Anne Cools puede consultarse en <http://sen.parl.gc.ca/acools/>).

Committee on Custody and Access), compuesto por 23 miembros del Senado y de la Cámara de los Comunes del Canadá (aunque en sus tareas llegaron a participar unos 70 parlamentarios más).⁸ La misión del Comité era examinar las cuestiones relacionadas con la custodia y el régimen de visitas tras la separación y el divorcio y determinar si era necesario un enfoque del derecho de familia más orientado hacia el interés del niño.

Durante el año siguiente, el Comité, presidido por el senador Roger Gallaway,⁹ celebró 525 audiencias públicas, en las que comparecieron una multitud de expertos y representantes de los distintos colectivos afectados (asociaciones de mujeres, asociaciones de hombres, médicos, psicólogos, investigadores, abogados, jueces, padres y madres, niños, etc.)¹⁰ y estudió una gran cantidad de informes presentados por diversas organizaciones y entidades¹¹, así como por particulares.¹² Para ello, el Comité se dividió en dos subcomités (A y B) que se desplazaron sucesivamente por las distintas regiones del país.

Como resultado de los trabajos e investigaciones llevados a cabo durante ese año, en diciembre de 1998, el Comité presentó al Parlamento el informe titulado *For the sake of Children* («Por el bien de los niños»), cuya piedra angular era el nuevo concepto de **coparentalidad** (*shared parenting*), en virtud del cual se reconoce a ambos padres el derecho legal a participar en la crianza y educación de sus hijos tras el divorcio.

⁸ La lista completa puede consultarse en las páginas preliminares del informe <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/05-mem-e.htm>

⁹ Parlamentario liberal canadiense. Ha obtenido escaño en las elecciones de 1993, 1997 y 2000. Su sitio web puede consultarse en: <http://www.rogergallaway.on.ca/index3.htm>

¹⁰ La lista de declarantes puede verse en <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/23-app1-e.htm>

¹¹ Véase <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/24-app2-e.htm>

¹² Véase <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/25-app3-e.htm>

En mayo de 1999, la Ministra de Justicia, Anne McLellan, anunció que necesitaría tres años más para «estudiar» las recomendaciones del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso y «mantener consultas» con las provincias y los territorios canadienses antes de introducir ningún cambio en la Ley de Divorcio. A tal efecto, encargó la distribución de formularios destinados a conocer la opinión de políticos, especialistas en derecho de familia y otras «partes interesadas» de todo el país, y aplazó cualquier decisión relativa a la modificación de la Ley de Divorcio para mayo de 2002.¹³

Esta actitud gubernamental provocó la indignación y las protestas generalizadas del Presidente del Comité (Roger Gallaway), de la senadora Anne Cools y de las asociaciones y grupos de defensa de la coparentalidad y de los derechos de hijos y padres en todo el país. Aún es posible consultar en Internet los editoriales indignados de algunos periódicos canadienses, como por ejemplo el publicado por el *National Post* el 20 de agosto de 2001 denunciando la maniobra la Ministra de Justicia y los altos funcionarios de su departamento para dejar sin efecto el informe. En ese editorial, el diario canadiense afirma poseer documentos que prueban que, incluso antes de que el Comité hiciese públicos los resultados de sus trabajos, la Ministra y sus colaboradores tenían ya previsto un «plan de comunicaciones» en tres fases, destinado a «enterrar el informe».¹⁴

El Sr. Gallaway afirmó que las consultas emprendidas por la Ministra de Justicia eran «una afrenta para el Parlamento». Según las propias palabras de Roger Gallaway y Anne Cools, la medida de la ministra McLellan es impropio, tanto desde el punto de vista jurídico («la Ley de Divorcio no es en absoluto una jurisdicción compartida, sino exclusivamente federal») como político:

¹³ La respuesta del Gobierno puede consultarse en <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/cca/sjcarp02.html>

¹⁴ «Justice obstruction 2», *National Post*, 20 de agosto de 2001, editorial recuperado en diversas direcciones de Internet, entre ellas: <http://fact.on.ca/news/news0108/np010820.htm>.

«En 1999, la ministra respondió al informe *For the Sake of Children*, elaborado por Comité Mixto Especial en 1998 y cuya recomendación básica es la coparentalidad, nueva expresión utilizada para designar la custodia compartida. En su respuesta, la ministra aplazó durante tres años cualquier decisión legislativa basada en las recomendaciones, es decir, hasta mayo de 2002.

Es insólito que un miembro del Gabinete asuma un compromiso ministerial cuya duración se extiende más allá de la legislatura. Sin embargo, la señora McLellan aplazó su compromiso de intervención legislativas hasta una fecha posterior a las elecciones generales, desentendiéndose del bienestar de los hijos de divorciados y privándolos de la adecuada protección legislativa. Cinco años para una acción ministerial es un largo plazo, en particular en la vida de un niño.

El punto de vista de la ministra se pone mejor de manifiesto a través de sus propias e injustificables palabras, escritas cuando aún era profesora de derecho, en un documento para el Consejo Asesor de Alberta sobre Cuestiones de la Mujer titulado 'La Mujer y el Proceso de Reforma Constitucional'. En ese documento, la señora McLellan escribió que: 'un número cada vez mayor de analistas sugieren que la custodia compartida sólo serviría para perpetuar la influencia y la dominación de los hombres sobre las mujeres'.

Los niños del Canadá sabrán pronto si cinco años de retrasos disfrazados de consultas y estudios darán por resultado un cambio en la postura de la ministra.»¹⁵

¹⁵ The Ottawa Citizen, 28 de julio de 2001, Letter to the Editor, de Anne Cools y Roger Gallaway (<http://www.sen.parl.gc.ca/acools/news01/OttCitizen%20July%2028.htm>).

Efectivamente, los temores de los parlamentarios Gallaway y Cools resultaron sobradamente fundamentados. El nuevo ministro de Justicia, señor Martin Cauchon, que heredó de su predecesora la promesa de anunciar cambios legislativos al término de esos cinco años de estudios, consultas, informes y audiencias públicas, comunicó en febrero de 2002 que «no estaba seguro» de que la introducción de modificaciones en la Ley de Divorcio redundase en beneficio de los niños. Por su parte, las asociaciones de padres separados han puesto en marcha una campaña para emprender una acción judicial colectiva contra el Gobierno que, previsiblemente, será suscrita por varios miles de padres.¹⁶

Durante ese tiempo, los grupos feministas habían presionado energicamente para que la legislación sobre divorcio se mantuviese sin cambios. Su argumento fundamental consistió en que «la concesión automática de la custodia compartida no es realista ya que puede ser perjudicial para las mujeres y los niños inmersos en situaciones de violencia doméstica.», como denunció el *National Post* el 18 de febrero de 2002. Sin embargo, como señaló ese mismo diario, las modificaciones propuestas preveían la posibilidad de denegar la custodia compartida en los casos de abusos o negligencias por parte de los progenitores y en modo alguno establecían la obligatoriedad del contacto entre víctimas y maltratadores.¹⁷ Una vez más, se recurría hipócritamente al argumento del maltrato infantil (por lo demás, perpetrado mayoritariamente por las madres, como han demostrado numerosos estudios). La meta de una postura así -añadía el rotativo al día siguiente- no puede ser el interés del niño, «sino dar prioridad a una ideología destructiva».

¹⁶ National Post, 29 de abril de 2002 (Justice Minister ready to drop custody reform Justice minister ready to drop custody reform: <http://www.nationalpost.com/home/story.html?f=/stories/20020429/63912.html>)

¹⁷ (Fair play for daddies, National Post, 18 de febrero de 2002). Puede consultarse en: <http://fact.on.ca/news/news0202/np020219.htm>.

Por último, en agosto de 2002, el ministro Martin Cauchon anunció que el Gobierno se disponía a emprender la reforma de la ley del divorcio a fin de modificar sus disposiciones en materia de custodia y acceso.¹⁸

MANDATO Y LABOR DEL COMITÉ

La necesidad de crear el Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso se planteó en 1996, con motivo de las modificaciones introducidas en la Ley de Divorcio. Durante el estudio del proyecto de ley, los parlamentarios tuvieron ocasión de oír multitud de testimonios desgarradores de padres arbitrariamente separados de sus hijos. Fue entonces cuando un grupo de senadores, liderados por la señora Anne Cools, lanzaron la iniciativa de crear un Comité Mixto, integrado por parlamentarios de diversos partidos y de ambas cámaras.¹⁹

En el mandato recibido por el Comité figuraban los siguientes objetivos:

«Que se designe un Comité Mixto Especial del Senado y la Cámara de los Comunes para examinar y analizar las cuestiones relacionadas con la custodia y el régimen de visitas tras la separación y el divorcio y, en particular, para determinar si es necesario un enfoque de las políticas y prácticas del derecho de familia más orientado hacia el niño y cuya prioridad sea la responsabilización conjunta de ambos padres y unas modalidades de parentalidad más centradas en el niño y basadas en sus necesidades y mejores intereses.»

¹⁸ National Post, 13 de agosto de 2002 (Divorce law to be less adversarial, por Janice Tibbetts). O también: <http://www.fotf.ca/familyfacts/tfn/2002/081302.html>

¹⁹ La composición del Comité puede consultarse en: <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/05-mem-e.html>

El Comité trató de dar cabida en sus audiencias al mayor número posible de interesados de las más diversas procedencias, desde profesores universitarios con extensas investigaciones y publicaciones a sus espaldas hasta simples afiliados de asociaciones de padres o de mujeres. Para ello se desplazó y celebró audiencias en las principales ciudades canadienses: Vancouver, Edmonton, Calgary, Regina, Winnipeg, Toronto, Montréal, Fredericton, Charlottetown, Halifax, St. John's, y Ottawa.

RECOMENDACIONES DEL COMITÉ MIXTO ESPECIAL SOBRE CUSTODIA Y ACCESO²⁰

[Habida cuenta de la extensión de las 48 recomendaciones formuladas por el Comité, omitiremos las que se refieran específicamente a peculiaridades del ordenamiento jurídico canadiense y, en consecuencia, carezcan de interés para otros países y las que consideremos reiterativas o de menor trascendencia.]

1. Este Comité recomienda que la Ley de Divorcio se modifique para dar cabida a un Preámbulo en que se haga referencia a los principios pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Pág. 23).

2. Este Comité reconoce que las relaciones de los padres con sus hijos no finalizan con la separación o el divorcio y, en consecuencia, recomienda que la Ley de Divorcio se modifique para añadir un Preámbulo que contenga el principio de que los padres divorciados y sus hijos tienen derecho a una relación recíproca estrecha y continua (pág. 23).

3. Este Comité, reconociendo el principio de interés superior del niño, recomienda:

²⁰ Pueden consultarse en: <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/10-rec-e.htm> (inglés) <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/10-rec-f.htm> (francés)

- *que los niños sean oídos cuando se adopten decisiones en materia de responsabilidad parental que les afecten;*
- *que los niños cuyos padres estén en trámites de divorcio tengan ocasión de expresar sus puntos de vista a un profesional competente cuya función sea transmitir esos puntos de vista al juez, evaluador o mediador encargado de determinar con facilitar las modalidades de reparto de las responsabilidades parentales;*
- *que un niño que experimente dificultades a causa de la separación o de divorcio de sus padres, el tribunal tenga la posibilidad de designar a una tercera parte interesada (por ejemplo, un miembro de la familia extensa del niño) para defender sus intereses y representarlo;*
- *que el gobierno federal colabore con las provincias y los territorios para asegurar la disponibilidad de estructuras, procedimientos y recursos suficientes que permitan llevar a cabo esa consulta, con independencia de que las decisiones se adopten en virtud de la Ley de Divorcio o de la legislación provincial; y*
- *el Comité reconoce que los hijos de separados necesitan protección judicial y tienen derecho a ella, según las competencias respectivas de los tribunales (pág.23).*

4. El Comité recomienda que, cuando el tribunal considere que el interés superior del niño lo exige, los jueces puedan designar un abogado que se encargue de representar al niño.

Cuando se designe al abogado, éste se pondrá a disposición del niño (pág. 24).

5. Este Comité recomienda que los términos «custodia y acceso» dejen de utilizarse en la ley de divorcio y que, en cambio, el significado de ambos términos se integre e incluya en el nuevo término «coparentalidad», que se considerará que contiene todos los significados, derechos, obligaciones e interpretaciones de derecho común y legal incluidos anteriormente en los términos «custodia y acceso» (pág. 27).

6. Este Comité recomienda que la ley de divorcio se modifique para suprimir la definición de «custodia» y añadir una definición de «coparentalidad» que refleje el significado atribuido a esa expresión por este Comité (pág. 28)

7. Este Comité recomienda que el gobierno federal colabore con los gobiernos provinciales y territoriales para modificar en el mismo sentido la terminología de sus leyes de familia (pág. 28).

8. Este Comité recomienda que el principio consuetudinario de la «corta edad» se rechace como pauta para la adopción de decisiones acerca de las [parentalidad] responsabilidades parentales (pág. 28).

9. Este Comité recomienda que ambos padres reciban información y datos respecto del desarrollo y las actividades sociales del niño, como por ejemplo calificaciones escolares, historiales clínicos y otra información pertinente. La obligación de facilitar la información deberá extenderse a las escuelas, los centros médicos, los hospitales y otras instituciones en que se origine tal información o tales datos, así como a ambos padres, salvo disposición judicial en contrario (pág. 28).

10. Este Comité recomienda que todos los padres que soliciten sentencias de responsabilidad parental, a menos que exista acuerdo entre ellos sobre los términos de tales sentencias, participen obligatoriamente en un programa educativo que les ayude a tomar conciencia de las reacciones de padres de hijos tras la separación, las necesidades del desarrollo de los hijos en las diferentes edades, los beneficios de la cooperación entre los padres tras el divorcio, los derechos-responsabilidades de los padres y la disponibilidad y las ventajas de la mediación y de otras formas de solución de conflictos, siempre que tales servicios existan. Los progenitores deberán presentar un certificado de asistencia a tal programa de educación posterior a la separación como condición para reanudar el proceso de solicitud de una sentencia de responsabilidad parental. No estarán obligados a asistir juntos a las sesiones educativas (pág. 30).

11. Este Comité recomienda que se inste a los padres que se divorcien a elaborar, por sí mismos o con ayuda de un mediador capacitado o a través de alguna forma de resolución alternativa de conflictos, un plan de responsabilidad parental en que se establezca con detalle las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta a la residencia, el cuidado, la toma de decisiones y la seguridad económica de los hijos, así como los procedimientos de resolución de conflictos que utilizarán las partes. Los planes de responsabilidad parental preverán también el intercambio entre los padres de la información sanitaria, educativa o de otro tipo relacionada con el desarrollo y las actividades sociales de los hijos. Todas las sentencias de responsabilidad parental deberán expresarse en forma de planes de responsabilidad parental (pág. 32).

12. Este Comité recomienda que se reconozca la importancia de las relaciones de los abuelos, hermanos y otros miembros de la familia extensa con los hijos, y que en los planes de responsabilidad parental se incluyan disposiciones para el mantenimiento y el fomento de tales relaciones, siempre que redunden en beneficio de los hijos (pág. 32).

13. Este Comité recomienda que el Ministro de Justicia procure que se modifique la Ley de Divorcio con objeto de obligar a las partes que soliciten una sentencia judicial de responsabilidad parental a presentar al tribunal un plan de responsabilidad parental (pág. 32).

14. Este Comité recomienda que se inste a los padres que se divorcien a asistir, como mínimo, a una sesión de mediación que les ayude a elaborar un plan de responsabilidad parental para sus hijos. Habida cuenta del impacto de la violencia familiar en los hijos, la mediación y los demás métodos no conflictivos de adopción de decisiones deberán estructurarse para detectar e identificar la violencia familiar. Cuando en una familia existan antecedentes claros de violencia de un progenitor hacia el otro o hacia los niños, no deberán utilizarse otros mecanismos de resolución de

conflictos para elaborar planes de coparentalidad hasta que no se haya garantizado la seguridad de la víctima y eliminado el riesgo de violencia. En tal caso, los planes de coparentalidad deberán prestar atención a las responsabilidades de ambos padres respecto de los hijos y prever medidas concretas para garantizar la seguridad y la protección de padres e hijos (pág. 35).

15. Este Comité recomienda que las determinaciones de coparentalidad [...] se basen en el «mejor interés del niño» (pág. 44)

16. El Comité recomienda que los responsables de adoptar decisiones, en particular los padres y los jueces, tengan en cuenta una lista de criterios para determinar el mejor interés del niño, y que en esa lista se incluyan:

16.1 La fuerza, naturaleza y estabilidad relativas de la relación entre el niño y cada una de las personas con derecho a solicitar una sentencia de responsabilidad parental respecto del niño;

16.2 *La fuerza, naturaleza y estabilidad relativas de la relación entre el niño y otros miembros de su familia que residan con él, así como de las personas que participen en su cuidado y crianza;* 16.3 *La opinión del niño, cuando tal opinión pueda conocerse con razonable certeza;*

16.4 La capacidad y buena disposición de cada solicitante para proporcionar al niño orientación y educación, atender sus necesidades ordinarias u otras necesidades especiales;

16.5 Los lazos culturales y religiosos del niño;

16.6 La importancia y los beneficios de la coparentalidad para el niño, así como de la participación activa de ambos padres en su vida tras la separación;

16.7 La importancia de la relación entre el niño y sus hermanos, abuelos y otros miembros de la familia extensa;

16.8 Los planes de responsabilidad parental propuestos por los padres;

16.9 La capacidad del niño para adaptarse a los planes de responsabilidad parental propuestos;

16.10 La voluntad y capacidad de cada una de las partes para facilitar y fomentar una relación estrecha y constante entre el niño y el otro progenitor;

16.11 Los antecedentes demostrados de violencia familiar perpetrada por cualquiera de las partes que soliciten una sentencia de responsabilidad parental;

16.12 No se otorgará preferencia a ninguno de los padres basándose únicamente en su sexo;

16.13 Se tendrá en cuenta la buena disposición mostrada por cada progenitor para asistir a la sesión de educación obligatoria; y

16.14 El tribunal tendrá en cuenta cualquier otro factor que considere de interés en un conflicto de coparentalidad (pág. 45).

17. Este Comité recomienda que se modifique la Ley de Divorcio de forma que las partes en el procedimiento iniciado con arreglo a esa Ley puedan optar por cualquiera de las lenguas oficiales del Canadá para tramitar el procedimiento (pág. 51).

18. [...] este Comité recomienda que el Ministro de Justicia emprenda lo antes posible una revisión exhaustiva de las Directrices [Federales sobre Pensiones Alimenticias] a fin de que reflejen la igualdad entre los sexos y el derecho del niño a la asistencia económica de ambos padres y presten especial atención a los siguientes aspectos adicionales planteados por este Comité:

18.1 La incorporación [...] de los nuevos conceptos y términos propuestos por este Comité;

18.2 El impacto del actual trato fiscal de las pensiones alimenticias [...] en la capacidad de los padres para atender otras obligaciones económicas, tales como el mantenimiento de los hijos de segundas o posteriores relaciones;

18.3 *La conveniencia de tener en cuenta los ingresos o la capacidad económica de ambos padres para fijar la cuantía de las pensiones alimen-*

ticias, incluida la norma del 40% para determinar si el acuerdo de responsabilidad parental es una medida de «coparentalidad»;

18.4 Reconocimiento de los gastos que debe cubrir el progenitor pagador de pensiones mientras tiene a su cargo a los hijos;

18.5 Reconocimiento de los gastos adicionales resultantes para un progenitor a raíz del cambio de residencia del otro progenitor y los hijos;

19. Este Comité recomienda que el Gobierno Federal prepare [...] una respuesta coordinada a los incumplimientos de las sentencias de responsabilidad parental, que contenga tanto elementos terapéuticos como punitivos. Entre las medidas previstas deberán figurar la pronta intervención, los programas de educación parental, una política de recuperación del tiempo de convivencia, asesoramiento para las familias con conflictos sobre el desempeño de las funciones parentales, servicios de mediación y, en los casos persistentes y difíciles de tratar, soluciones punitivas para los progenitores que incumplan injustificadamente las sentencias de responsabilidad parental (pág. 55).

25. Este Comité recomienda que, en la medida de lo posible, los gobiernos provinciales y territoriales, los colegios de abogados y los secretarios judiciales colaboren para dar prioridad a las solicitudes de coparentalidad, por encima de cualesquiera otros aspectos del derecho de familia en litigio (pág. 64).

30. Este Comité recomienda que la Ley de Divorcio se modifique para exigir a) que el progenitor que desee cambiar de residencia acompañado de sus hijos, en caso de que la distancia requiere la modificación de las disposiciones sobre responsabilidad parental mutuamente acordadas o impuestas por los tribunales, solicite autorización judicial con una antelación mínima de 90 días antes de la mudanza prevista, y b) que se avise al mismo tiempo al otro progenitor (pág. 70)

39. Este Comité recomienda que el apartamiento unilateral de un niño del hogar familiar sin la adopción de disposiciones adecuadas

para que se mantenga el contacto entre el niño y el otro progenitor se reconozca como contraria al mejor interés del niño, excepto en situación de emergencia (pág. 84).

40. Este Comité recomienda que no se permita que el progenitor que haya alejado unilateralmente al niño utilice el periodo resultante en que el niño ha estado a su cargo y control exclusivos, con independencia de su duración, como base para obtener una sentencia de responsabilidad parental exclusiva (pág. 84).

43. Este Comité recomienda que, en lo que respecta a las acusaciones intencionadamente falsas de maltrato o abandono, el Gobierno Federal examine la validez del Código Penal para hacer frente a las falsas denuncias en litigios de familia y desarrolle políticas para impulsar la adopción de medidas en los casos claros de agravio, obstrucción de la justicia o perjurio (pág. 90).

44. Este Comité recomienda que el Gobierno Federal colabore con las provincias y territorios para animar a los organismos de protección de la infancia a emprender investigaciones sobre las acusaciones de maltrato realizadas en el contexto de conflictos sobre la responsabilidad parental, a fin de establecer una base estadística para entender mejor ese problema (pág. 93).

SUECIA

A falta de una versión de la legislación sueca sobre divorcio y custodia en alguno de los idiomas más generalmente conocidos, presentamos la traducción de varios textos divulgativos publicados en inglés por el Ministerio de Justicia y por el Consejo Nacional de Salud y Bienestar Social de Suecia con objeto de informar a los extranjeros residentes en Suecia acerca de las peculiaridades de su legislación sobre esas materias.

«Custodia, residencia y contacto»

[*Custody, residence and contact*]²¹

Ministerio de Justicia de Suecia

«El 1 de octubre de 1998 se modificaron las disposiciones del Código de los Niños y los Padres relativas a la custodia y al contacto. El objetivo de la modificación fue subrayar la importancia de lograr soluciones por mutuo acuerdo y facilitar esos aspectos a los padres. Otro objetivo consistió en facilitar una mayor aplicación de la custodia compartida e insistir en el principio del mejor interés del niño.

El mejor interés del niño

[...] En el Código de los Niños y los Padres se ha introducido a una nueva disposición que establece que **el mejor interés del niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier decisión relacionada con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres.** Esta disposición indica más claramente que las anteriormente vigentes que el mejor interés del niño ha de ser siem-

²¹ Ficha descriptiva del Ministerio de Justicia de Suecia, diciembre de 1998) (en inglés). Puede consultarse en: http://justitie.regeringen.se/pressinfo/pdf/ju98_02e.pdf

pre la base de cualquier decisión. En virtud de esa nueva disposición, la reglamentación de las cuestiones relativas a la custodia, la residencia y el contacto se vinculan más estrechamente a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Custodia compartida

Uno de los objetivos de las modificaciones ha sido facilitar la aplicación más frecuente de la custodia compartida.

Si uno de los padres desea transferir la custodia, el tribunal decide al respecto de conformidad con el mejor interés del niño. El tribunal puede tomar una decisión sobre la custodia compartida o rechazar la disolución de esa custodia compartida, incluso aunque uno de los padres se oponga a ese régimen de custodia. [...] El objetivo de la modificación es que el tribunal podrá siempre dictaminar a favor del mejor interés del niño. [...]

Residencia del niño

Si los padres tienen la custodia compartida, el tribunal podrá decidir dónde vivirá el niño. La decisión puede significar que el niño vivirá con uno de los padres o, de modo alternativo, con ambos. El mejor interés del niño será la consideración decisiva en la decisión del tribunal.

Si los padres están de acuerdo, podrán suscribir un acuerdo sobre la residencia del niño. Para que sea legalmente válido, el acuerdo deberá establecerse por escrito, llevar la firma de ambos padres y ser aprobado por el Comité de Bienestar Social [órgano municipal]. Este comité deberá aprobar el acuerdo si sus términos coinciden con el mejor interés del niño.

Contacto

El niño tiene derecho al contacto directo con el progenitor no residente. La razón fundamental de ese contacto es el bienestar del niño. Los intereses y necesidades del niño han de ser la consideración fun-

damental. El punto de partida deberá ser el principio de que el contacto con ambos padres es importante para el niño tras la separación. Ambos progenitores, y desde luego también el progenitor no residente, tienen la responsabilidad de velar por que se atienda la necesidad de contacto del niño.

Si los padres están de acuerdo, podrán suscribir un acuerdo sobre el contacto. Para que sea legalmente válido, el acuerdo deberá establecerse por escrito, llevar la firma de ambos padres y ser aprobado por el Comité de Bienestar Social. Este Comité deberá aprobar el acuerdo si sus términos coinciden con el mejor interés del niño.

Derecho a la deducción de gastos

Cuando el niño esté viviendo con un progenitor obligado a pagar pensión alimenticia, ese progenitor incurrirá en determinados gastos por el cuidado del niño, aparte de la pensión alimenticia que ha de pagar. Simultáneamente, el otro progenitor verá reducidos los gastos habituales del niño. En consecuencia, si un progenitor obligado a pagar pensión alimenticia tiene consigo a su hijo(a) durante un periodo no inferior a cinco días consecutivos con sus noches, o no inferior a seis días con sus noches en el espacio de un mes, podrá realizar la deducción correspondiente de la pensión alimenticia que haya de pagar. [...]

Gastos de desplazamiento

Cuando el niño ha de mantener contacto con un progenitor que vive en otra localidad suelen generarse gastos especiales. En la actualidad, el progenitor con quien vive el niño (progenitor residente) deberá cofinanciar los gastos de desplazamiento ocasionados por la necesidad del niño de contacto con el otro progenitor. La cantidad que ese progenitor pague se determinará según se considere razonable en función de su capacidad financiera y de las circunstancias generales de ambos padres. [...]

«Divorciarse cuando se tienen hijos»
[*Getting divorced when you have children*]²²

Consejo Nacional de Salud y Bienestar (*Socialstyrelsen*) de Suecia

«¿Custodia compartida o exclusiva?»

Con arreglo a la legislación sueca, la responsabilidad parental conjunta (custodia compartida) es el punto de partida natural.

La custodia compartida significa que ambos padres son responsables de atender las necesidades y derechos del niño. A medida que el niño crece y se desarrolla, los padres han de tener progresivamente en cuenta sus opiniones y deseos. Si los padres ejercen la custodia compartida, han de adoptar juntos las decisiones que afecten a la persona del niño. Los padres que se separan han de decidir conjuntamente con quien debe vivir el niño y de qué forma ha de compartir su tiempo con el otro progenitor.

Aunque la custodia compartida no significa que el niño haya de pasar la misma cantidad de tiempo con ambos padres, ésta es una opción, si conviene al niño y a los padres. Las normas sobre custodia compartida se han establecido principalmente para proteger la necesidad del niño de mantener un contacto estrecho y satisfactorio con ambos padres, con independencia de que éstos vivan juntos o no.

Padres que están o han estado casados.

Los padres que están casados tienen la custodia compartida de su hijo. Si los padres se casan después de haber nacido el niño, obtienen automáticamente la custodia compartida de ese niño, siempre que la paternidad se haya establecido o confirmado legalmente.

²² Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar (*Socialstyrelsen*) de Suecia (en inglés). Puede consultarse en: <http://www.sos.se/FULLTEXT/0000-008/0000-008.htm>

La custodia compartida continúa si los padres se divorcian. En caso de que los padres prefieran que sólo uno de ellos tenga la custodia del niño, pueden adoptar esa decisión ante el Consejo de Bienestar Social, a condición de que ambos estén de acuerdo. El Consejo de Bienestar Social aprobará tal acuerdo si se presenta por escrito y coincide con el mejor interés del niño.

Otra posibilidad es que los padres soliciten conjuntamente al Tribunal de Distrito que conceda la custodia exclusiva a uno de ellos. El Tribunal de Distrito puede conceder la custodia del niño a ese padre o mantener el sistema de custodia compartida. El factor decisivo es el bienestar del niño, pero el Tribunal de Distrito no puede imponer la custodia compartida contra los deseos de ambos padres.

En caso de desacuerdo entre los padres, uno de ellos puede presentar su solicitud al Tribunal de Distrito. Si se trata de poner fin a la custodia compartida y ambos padres han llegado a un acuerdo sobre cuál de ellos tendrán la custodia exclusiva, el tribunal decidirá, en general, de acuerdo con los deseos de los padres, sin más indagaciones. Sin embargo, siempre se envía una petición al Consejo de Bienestar Social para asegurar que no existen objeciones a la solicitud de los padres. Asimismo, el Tribunal de Distrito puede decidir también independientemente oponerse o no a la custodia compartida, aún cuando los padres no lo hayan solicitado. Esto puede ocurrir conjuntamente con el divorcio si es evidente que la custodia compartida no coincide con el interés del niño. Los padres que deseen poner fin a la custodia compartida al divorciarse, pueden recuperar esa custodia compartida mediante un acuerdo, que habrá de aprobar el Consejo de Bienestar Social, o por sentencia judicial. Si los padres están de acuerdo acerca de la custodia compartida, el Consejo de Bienestar Social o el Tribunal han de decidir de conformidad con los deseos de los padres, a menos que la custodia compartida sea claramente incompatible

con el mejor interés del niño. Si los padres disienten acerca de la custodia compartida, el tribunal decidirá de conformidad con el mejor interés del niño.

Padres no casados

Si los padres no están casados al nacer el niño, la madre obtiene la custodia exclusiva. Los padres que deseen tener la custodia compartida de su hijo han de informar al Consejo de Bienestar Social y, al mismo tiempo, confirmar la paternidad. Todos los padres pueden hacerlo, con independencia de su nacionalidad. Si los padres desean obtener la custodia compartida en fecha posterior, pueden solicitarla conjuntamente a la Autoridad Fiscal en que el niño esté registrado. Sin embargo, un requisito para la solicitud es que ambos padres y el niño sean ciudadanos suecos y que la custodia no haya sido establecida previamente por un tribunal o mediante un acuerdo aprobado por el Consejo de Bienestar Social.

¿Con quién debe vivir el niño?

Corresponde a los padres decidir con quién debe vivir el niño. Son los padres quienes se separan: el niño no se separa de ninguno de ellos y, por lo tanto, tampoco ha de renunciar a la presencia de ninguno de ellos.

A los niños puede resultarles difícil decir lo que realmente desean si creen que uno de sus padres se sentirá rechazado, defraudado o abandonado. Los niños son leales y se sienten muy responsables del bienestar de sus padres. Cuando esos padres están completamente de acuerdo, los niños se atreven a decir con quién desean vivir, ya que no tienen el sentimiento de estar abandonando o decepcionando a uno de sus padres al decir lo que piensan.

Los padres que ejercen la custodia compartida y están de acuerdo con ello pueden obtener asistencia de los servicios sociales (en materia de derecho de familia) para redactar un acuerdo respec-

to de la residencia del niño. El Consejo de Bienestar Social ha de aprobar el acuerdo, si se ha presentado por escrito y representa el mejor interés del niño. Tal acuerdo tiene la misma validez que una decisión judicial, lo que significa, entre otras cosas, que es ejecutorio. Si los padres lo prefieren, o si no están de acuerdo, pueden pedir al tribunal que decida con quién debe vivir el niño.

La residencia alterna puede funcionar bien para algunos niños, sobre todo los niños en edad escolar más pequeños, que suelen tener un profundo sentido de la equidad. En cambio, es frecuente que los adolescentes encuentren incómodo trasladarse con sus pertenencias. Su preferencia se basa en sus propias necesidades, es decir, la proximidad al colegio, a los amigos y a las actividades recreativas.

Si ustedes optan por la residencia alterna, recuerden que lo hacen en beneficio del niño, no por razones de justicia hacia los padres. Para que tal tipo de solución funcione, es necesario que los padres estén de acuerdo y se respeten. La residencia alterna exige a los padres capacidad para cooperar y generosidad recíproca. [...]

Es necesario que los niños pasen tiempo con el otro progenitor

Los niños necesitan a ambos padres, necesitan el amor de su madre y de su padre, sentirse orgullosos de ambos e identificarse con ellos. También necesitan su amor, interés, alegría y aprecio, así como ayuda para establecer sus límites. Es importante que los niños tengan el contacto más estrecho posible con ambos padres, con independencia de que estos no estén ya juntos, e incluso convivan con otra persona. Los estudios han demostrado que la situación ideal para los niños es el contacto frecuente con el progenitor con quien no residen.

Cuando se trata de niños muy pequeños, es especialmente importante aplicar el principio de los contactos «breves, pero frecuentes» con el progenitor no residente. Ellos permiten al niño

mantener el recuerdo del otro progenitor entre los sucesivos encuentros, mientras que las separaciones del progenitor no residente le resultan más fáciles si son breves. También es importante que los niños pasen tiempo con sus abuelos y otras personas significativas en sus vidas. [...]

Custodia de los hijos

[*Custody of children*]²³

Ministerio de Justicia de Suecia

Custodia compartida

Si ambos padres tienen la custodia del niño, suele decirse que tienen la custodia compartida. En consecuencia, tienen la responsabilidad legal conjunta del niño y adoptan conjuntamente las decisiones relativas a la vida del niño. La custodia compartida no significa que el niño tenga que vivir con cada padre aproximadamente la misma cantidad de tiempo (residencia alterna).

Los padres decidirán conjuntamente con quién vive el niño o, si no llegan a un acuerdo, lo decidirá el tribunal. [...]

Quién tiene la custodia cuando nace el niño

Si los padres están casados al nacer el niño, ambos obtienen automáticamente su custodia compartida. Si los padres se casan más adelante, automáticamente obtienen la custodia compartida como resultado del matrimonio. Si los padres se divorcian, la custodia compartida continúa, y no es necesario que el tribunal adopte ninguna decisión al respecto al disolver el divorcio. Sin embargo, el tribunal podrá examinar la cuestión de la custodia si uno de los padres desea introdu-

²³ Ficha descriptiva del Ministerio de Justicia de Suecia, mayo de 2000 (en inglés). Puede consultarse en: <http://justitie.regeringen.se/pressinfo/pdf/FaktaCustody.pdf>

cir un cambio. Asimismo, el tribunal podrá disolver la custodia compartida si es claramente incompatible con el mejor interés del niño.

Si los padres no están casados al nacer el niño, la madre obtiene automáticamente su custodia.

[...] Los padres no casados pueden obtener la custodia compartida mediante una notificación conjunta por escrito dirigida al Comité de Bienestar Social, acompañada de un documento de reconocimiento de paternidad aprobado por el comité.

Acuerdos de custodia

Si los padres están de acuerdo, podrán resolver por sí mismos la cuestión de la custodia mediante un acuerdo. Para que el acuerdo tenga validez, ha de ser aprobado por el Comité de Bienestar Social.

Los padres pueden acordar que la custodia sea conjunta o que uno de ellos tenga la custodia del niño. El acuerdo ha de presentarse por escrito y llevar la firma de ambos padres. El Comité de Bienestar Social del municipio en que esté empadronado el niño examinará el acuerdo, al que ha de dar su aprobación, a menos que no coincida con el mejor interés del niño o -en caso de custodia compartida- sea manifiestamente incompatible con ese mejor interés.

Un acuerdo aprobado puede modificarse mediante un nuevo acuerdo establecido entre los padres y aprobado por el Comité de Bienestar Social o en virtud de decisión judicial.

El municipio tiene la responsabilidad de velar por que los padres que lo deseen establezcan un acuerdo. Pero son los padres quienes deciden si desean utilizar la ayuda ofrecida por el municipio. También es posible establecer un acuerdo sobre contacto y residencia.

Determinación de la custodia

Las normas sobre la custodia se basan en el principio de que el niño necesita mantener relaciones estrechas y positivas con ambos padres cuando éstos se separan. Asimismo, las normas parten del

supuesto de que ninguno de los padres es más idóneo que el otro para obtener la custodia simplemente en razón de su sexo.

Al adoptar decisiones relativas a la custodia, la consideración fundamental ha de ser el mejor interés del niño. La determinación de ese mejor interés se basará en un análisis completo de las circunstancias de cada caso. Sin embargo, la ley establece que, al determinar la custodia, deberán tenerse en cuenta determinadas circunstancias:

- Al determinar qué es lo mejor para el niño, se prestará especial atención a la necesidad del niño de contacto estrecho y adecuado con ambos padres. Por consiguiente, en los casos en que la custodia se confíe a uno de los padres, el criterio para la determinación consistirá –salvo circunstancias que aconsejen otra cosa– en que se otorgará la custodia al progenitor que, en principio, favorezca mejor el contacto estrecho y adecuado entre el niño y el otro progenitor.

- Asimismo, se tendrá en cuenta el riesgo de que el niño esté expuesto a abusos, secuestro o retención ilegal u otras formas de maltrato.

- También se tendrán en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

SECCIÓN 3

ESTUDIOS SOBRE LOS DISTINTOS REGÍMENES DE CUSTODIA Y SUS EFECTOS EN EL DESARROLLO Y EL BIENESTAR DEL NIÑO

En esta sección presentamos una recopilación de estudios sobre las ventajas y la viabilidad de la custodia compartida, con especial atención a su importancia para el desarrollo armónico y equilibrado del niño.

En general, todos ellos coinciden en atribuir a la custodia compartida sustanciales ventajas respecto de la custodia exclusiva, entre otras las siguientes:

Para el niño:

- Mejor adaptación a su entorno; mayor rendimiento escolar.
- Mayor satisfacción con la distribución de los tiempos de convivencia.
- Mayores niveles de autoestima y confianza en sí mismo.
- Mejor relación con cada uno de sus padres.
- Menos problemas psíquicos o síntomas de estrés psicosomático.

- Menos interferencias de nuevas parejas de los progenitores.
- Menos probabilidades de maltrato físico.

Para los padres:

- Menos conflictividad y más cooperación.
- Más satisfacción en la relación con los hijos.
- Menos recurso a los castigos físicos.
- Menos recurso a la presión psicológica y a la culpabilización

del otro progenitor.

- Mayor cumplimiento de pagos económicos.

CONCLUSIONES DE LOS PRINCIPALES ESTUDIOS

Robert Bauserman (AIDS Administration/Department of Health and Mental Hygiene, USA).

Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review [Adaptación del niño en regímenes de custodia conjunta y de custodia exclusiva: metaanálisis]. Marzo de 2002.²⁴

Análisis de 33 estudios en que se compara la adaptación de los niños en contextos de custodia conjunta y de custodia exclusiva. El autor llega a la conclusión de que los niños bajo custodia conjunta están mejor adaptados que los niños en régimen de custodia exclusiva. Asimismo, los padres sujetos a regímenes de custodia conjunta notifican menores niveles de conflictividad en sus relaciones. «Las soluciones de custodia conjunta (tanto legal como física) no parecen, como promedio, resultar perjudiciales para ningún aspecto del bienestar de los hijos y pueden, de hecho, ser beneficiosas».

Joan B. Kelly: *Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of research* [Adaptación de los hijos en matrimonios y divorcios conflictivos. Análisis de un decenio de investigaciones] (2000). *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 39, 963-973. Análisis de las investigaciones emprendidas durante el decenio de 1990 respecto de los efectos del divorcio en la adaptación de los niños. En relación con la custodia y el régimen de visitas, señala que la actitud de la madre determina sustancialmente la eficacia de la participación paterna tras el divorcio. La custodia conjunta da lugar a mejores

²⁴ Puede consultarse en:

http://www.apa.org/journals/fam/press_releases/march_2002/fam16191.pdf

resultados en el desarrollo del niño, en general. Los hijos de divorciados que mantienen contacto asiduo con su padre obtienen mejores resultados escolares. Se ha demostrado la eficacia de los programas de educación de los padres para el divorcio, así como de mediación familiar, a fin de lograr menos situaciones conflictivas que afecten a los niños.

D.A. Luepnitz. *Maternal, paternal and joint custody: A study of families after divorce.*

[Custodia compartida materna y paterna: estudio de la familia tras el divorcio]. (Doctoral thesis 1980. State University of New York at Buffalo. UMI No. 80-27618.)

Estudio comparativo de situaciones de custodia monoparental y custodia compartida. La mayoría de los hijos en situación de custodia monoparental consideraron insuficiente el tiempo de convivencia con el progenitor no custodio, mientras que los niños en situación de custodia compartida se mostraron satisfechos con la frecuencia de la relación con ambos progenitores.

También se constató una mejor relación de los hijos con sus progenitores en situaciones de custodia compartida.

S.A. Nunan. *Joint custody versus single custody effects on child development.* [Efectos de la custodia compartida, comparada a la custodia exclusiva, en el desarrollo del niño]. (Doctoral

thesis 1980. California School of Professional Psychology, Berkeley, UMI No. 81-10142).

Estudio comparativo de los efectos de la custodia compartida y la custodia monoparental en el desarrollo infantil. Se comparó una muestra de 20 niños (7 a 11 años de edad) en situación de custodia compartida con otros 20 niños en situación de custodia monoparental materna. En todos los casos, la separación había tenido lugar hacía dos años, como mínimo. Los niños en situación de

custodia compartida mostraron mayores niveles de autoestima, autovaloración y confianza en sí mismos, y menos excitabilidad e impaciencia que los niños bajo custodia materna.

B. Welsh-Osga. *The effects of custody arrangements on children of divorce.* [Efectos de las modalidades de custodia en los hijos de divorciados]. (Doctoral thesis 1981. University of South Dakota. UMI No. 82-6914.). Comparación de niños en familias intactas con niños en situación de custodia compartida y monoparental, de edades comprendidas entre 4 y 10 años. Se comprobó que los niños en situación de custodia compartida estaban más satisfechos con el tiempo pasado con ambos padres. Análogamente, los padres en situación de custodia compartida mantenían mejores relaciones con los niños. En los cuatro grupos de familias (intactas, monoparentales maternas, monoparentales paternas y con custodia compartida) los niños se hallaban igualmente bien adaptados.

D.B. Cowan. *Mother Custody versus Joint Custody: Children's parental Relationship and Adjustment.* [La custodia materna comparación a la custodia compartida: relación con los padres y adaptación de los hijos]. (Doctoral Thesis 1982. University of Washington. UMI No. 82-18213.). Comparación entre 20 niños en custodia compartida y otros 20 en familia monoparental materna. Según la valoración de las propias madres, los niños en situación de custodia compartida resultaron mejor adaptados que los niños bajo custodia exclusiva materna.

Por otra parte, los niños en situación de custodia exclusiva materna mostraron una mayor aceptación de ambos padres y una mejor adaptación general en la medida en que pasaban más tiempo con su padre.

E.G. Pojman. *Emotional Adjustment of Boys in Sole and Joint Custody compared with Adjustment of Boys in Happy and Unhappy Marriages.* [Adaptación emocional de los niños en situaciones de custodia exclusiva y compartida en comparación con los niños en

matrimonios felices e infelices]. (Doctoral thesis 1982. California Graduate Institute). Pojman comparó niños de edades comprendidas entre 5 y 13 años. Los niños en un régimen de custodia compartida se hallaban mucho mejor adaptados que los niños en custodia exclusiva materna.

Al comparar todos los grupos comprobó que los niños en situación de custodia compartida mostraban indicadores tan positivos como los niños en familias sin problemas.

E.B. Karp. *Children's adjustment in joint and single custody: An Empirical Study.*

[Adaptación de los niños en situaciones de custodia compartida y exclusiva: estudio científico].

(Doctoral thesis 1982. California school of professional psychology, Berkeley. UMI No. 83- 6977). Estudio sobre niños de cinco a 12 años en el periodo inicial de separación o divorcio.

Los niños en situación de custodia exclusiva tenían una relación más negativa con sus padres que los niños en situación de custodia compartida; asimismo, mostraban mayor rivalidad hacia sus hermanos. En el caso de las niñas, la custodia compartida coincidía con niveles de autoestima notablemente más altos.

J.A. Livingston. *Children after Divorce: A Psychosocial analysis of the effects of custody on*

self esteem. [Los niños tras el divorcio: análisis psicosocial de los efectos de la custodia en la autoestima]. (Doctoral thesis 1983. University of Vermont. UMI No. 83-26981.). Estudio comparativo de niños en situación de custodia exclusiva materna, custodia exclusiva paterna, custodia compartida con la madre como primer cuidador y custodia compartida con el padre como primer cuidador. Se comprobó que los niños en situación de custodia compartida se hallaban mejor adaptados que los niños en situaciones de custodia exclusiva.

L.P. Noonan. *Effects of long-term conflict on personality functioning of children of divorce.*

[Efectos de conflictos duraderos (Doctoral thesis 1984. The Wright Institute Graduate School of Psychology, Berkeley. UMI No. 84-17931). Se estudiaron los efectos a largo plazo del desarrollo en situaciones de custodia compartida, custodia exclusiva materna y familia intacta.

Los niños en situación de custodia compartida resultaron más activos que los niños en situaciones de custodia exclusiva o familias intactas. En situaciones de baja conflictividad actuaron mejor (mostraron menos retraimiento) que los niños en custodia exclusiva o en familias intactas.

V. Shiller. *Joint and Maternal Custody: The outcome for boys aged 6-11 and their parents.* [Custodia conjunta y custodia materna: resultados para niños de 6 a 11 años y sus padres].

(Doctoral thesis 1984. University of Delaware. UMI No. 85-11219). En el estudio se compara a 20 niños en situación de custodia compartida con otros 20 en situación de custodia exclusiva materna. Se constató que los niños en un entorno de custodia compartida estaban mejor adaptados que los niños bajo custodia exclusiva.

M.R. Patrician. *The effects of legal child-custody status on persuasion strategy choices and communication goals of fathers.* [Efectos del régimen

jurídico de custodia en las estrategias de persuasión y las metas de comunicación de los padres]. (Doctoral Thesis 1984. University of San Francisco. UMI No. 85- 14995). Se interrogó a 90 padres (varones) sobre la forma en que el desigual reconocimiento de los derechos del padre y de la madre podría favorecer los conflictos. Se consideró que la custodia compartida fomentaba la cooperación entre ambos progenitores y frenaba los comportamientos egoístas. En cambio, la custodia exclusiva favorecía las estrategias de persuasión basadas en el castigo. Tanto los padres como las madres reconocieron que la desigualdad en las atribuciones de custodia inhibía la cooperación entre los progenitores.

G.M. Bredefeld. *Joint Custody and Remarriage: its effects on marital adjustment and children.* [Custodia compartida y nuevo matrimonio: sus efectos en la adaptación conyugal y en los hijos]. (Doctoral Thesis. California School of Professional Psychology, Fresno. UMI No. 85-10926). Los hijos, tanto en custodia exclusiva como compartida, se mostraron bien adaptados al nuevo matrimonio de su progenitor; no se constataron diferencias significativas entre los grupos. Sin embargo, los progenitores en situaciones de custodia compartida expresaron más satisfacción con sus hijos. Los hijos en situación de custodia exclusiva indicaron que veían a su padre con menos frecuencia después del nuevo matrimonio de la madre; esto no ocurría en situaciones de custodia compartida.

B.H. Granite. *An investigation of the relationships among selfconcept, parental behaviors, and the adjustment of children in different living arrangements following a marital separation and/or divorce.* [Investigación sobre las relaciones entre autoestima, comportamientos parentales y adaptación de los hijos en diferentes modalidades de vida tras la separación o el divorcio]. (Doctoral thesis 1985. University of Pennsylvania, Philadelphia. UMI No. 85-23424). Se estudió la situación de 15 niños bajo custodia compartida, 15 niños bajo custodia exclusiva paterna y 15 niños en situación de custodia compartida, todos ellos de edades comprendidas entre los 9 y los 12 años. Los padres y madres en situaciones de custodia exclusiva (tanto materna como paterna) utilizaban técnicas de presión psicológica para controlar a los hijos, como por ejemplo la culpabilización. Sin embargo, en los hogares con custodia compartida, tales técnicas se usaban raramente, según la percepción de los niños. No se detectaron diferencias de autoestima entre los distintos hogares.

S. Handley. *The experience of the child in sole and joint custody.* [La experiencia del niño en situaciones de custodia exclusiva y compartida]. (Doctoral thesis 1985. California Graduate School

of Marriage and Family Therapy). Los niños en situaciones de custodia compartida se mostraron más satisfechos que los niños en situaciones de custodia exclusiva.

S.M.H.Hanson. *Healthy single parent families.* [Familias monoparentales felices] (Family Relations v.35, p.125-132, 1985). Se compararon 21 familias en situación de custodia compartida con otras 21 en situación de custodia exclusiva. Se constató que las madres en situación de custodia compartida disfrutaban de mejor salud mental. Las madres con hijos varones en custodia exclusiva tenían el menor nivel de apoyo social, mientras que las madres con hijos varones en situación de custodia compartida tenían el máximo nivel de apoyo social.

Las madres en situación de custodia compartida fueron las que mostraron mayor capacidad para resolver los problemas surgidos entre ellas y sus hijos.

S. A. Wolchik, S. L. Braver y I.N. Sandler. *Journal of Clinical Child Psych. Vol. 14, p.5-10, 1985.* Se observaron mayores niveles de autoestima en los niños en situación de custodia compartida que, a su vez, notificaron experiencias mucho más positivas que los niños en custodia exclusiva materna.

J. Pearson and N. Thoennes. *Will this Divorced Woman Receive Support? Your Custody Decision may determine the Answer.* [¿Recibirá ayuda esta mujer divorciada? La respuesta tal vez dependa de su sentencia sobre la custodia] (The Judges Journal, Winter, 1986.). Comparación del pago de pensiones alimenticias en casos de custodia exclusiva y custodia compartida. Según se constató, la custodia compartida determina un cumplimiento mucho mayor de los pagos a la madre por concepto de pensión alimenticia.

J.S. Wallerstein y R. McKinnon. *Joint Custody and the Preschool Child*. [La custodia compartida y el niño en edad preescolar] (Behavioral Sciences and the Law, v.4, p.169-183,

1986). Este documento presenta la custodia compartida de los niños de corta edad bajo una luz negativa. Sin embargo, se basa en investigaciones descriptivas y no comparativas, en las que no existe un grupo testigo o de referencia.

E.E. Maccoby, R.H. Mnookin y C.E. Depner. *Post-divorce families: Custodial arrangements compared*. [La familia tras el divorcio: comparación de medidas de custodia]. (American Association of Science, Philadelphia. Mayo de 1986.) Se comprobó que las madres en situación de custodia compartida se hallaban más satisfechas que las madres en situación de custodia exclusiva.

V. Shiller. *Joint versus maternal families with latency age boys: Parent characteristics and child adjustment*. [Comparación de familias con niños en edad de latencia en régimen de custodia materna y de custodia compartida: características de los padres y adaptación de los niños] (American Journal of Orthopsychiatry, v. 56, p. 486-9, 1986.). Entrevistas con los niños (de edades comprendidas entre 6 y 11 años), así como con ambos padres. Se constató que los niños en régimen de custodia compartida estaban mejor adaptados que los niños en régimen de custodia exclusiva materna.

M.B. Isaacs, G.H. Leon y M. Kline. *When is a parent out of the picture? Different custody, different perceptions*. [¿Cuándo se excluye a uno de los padres? Custodia diferente, percepciones diferentes]. (Family Process, v.26, p.101-110, 1987). En este estudio se comparó a niños de cinco grupos, en función de su régimen de custodia: custodia compartida física; custodia compartida legal con la madre como principal cuidador; custodia compartida legal con

el padre como principal cuidador; custodia exclusiva materna; y custodia exclusiva paterna. Al evaluar la forma en que los niños percibían la importancia de los miembros de la familia, los niños en régimen de custodia exclusiva mostraron una tendencia tres veces superior a omitir a uno de los padres que los niños en régimen de custodia compartida.

E.S. Williams. *Child Custody and Parental Cooperation*. [Custodia de los niños y cooperación de los padres] (American Bar Assn, Family Law, agosto de 1987). Williams estudió situaciones altamente conflictivas y arriesgadas. Constató que existía una probabilidad mucho mayor de secuestro o maltrato físico por parte de los padres respecto de los niños en régimen de custodia exclusiva (en general, materna, aunque no siempre). Asimismo comprobó que las familias muy conflictivas actuaban mejor y tenían más tendencia a cooperar cuando recibían órdenes judiciales muy detalladas.

M. Kline, J.M. Tschann, J.R. Johnson y J.S. Wallerstein. *Children's adjustment in joint and sole custody families*. [Adaptación de los niños en familias con custodia compartida y exclusiva] (Developmental Psychology, v. 25, p. 430-435, 1989). En este trabajo se constata que, en los casos de familias no conflictivas, apenas existen diferencias perceptibles de comportamiento entre los niños según estén bajo custodia compartida o exclusiva.

(Curiosamente, en este estudio se afirma que «algunos estudios cuantitativos aún mostraron que no existen diferencias sintomáticas entre los niños según estén bajo custodia compartida o custodia exclusiva», y se mencionan las investigaciones de Luepnitz y también las de Wolchik, Braver y Sandler. Sin embargo, Luepnitz destacó que los niños bajo custodia compartida mantenían con sus progenitores una relación más normal que los niños en custodia exclusiva.

Por otra parte, Wolchik, Braver y Sandler constataron que los niños en custodia compartida tenían, sin duda, experiencias más positivas y mayores niveles de autoestima que los niños en custodia exclusiva).

L.M.C. Bisnaire, P. Firestone y D. Rynard. *Factors associated with academic achievement in children following parent separation.* [Factores relacionados con el rendimiento académico de los niños tras la separación de los padres]. (*American J. of Orthopsychiatry*, v.60(1), p.67- 76, 1990). Se comprobó que la regularidad del régimen de visitas era uno de los factores más importantes para que los niños mantuviesen los niveles de rendimiento académico anteriores al divorcio.

J. Pearson and N. Thoennes. *Custody after divorce: Demographic and attitudinal patterns.*

[La custodia tras el divorcio: tendencias demográficas y psicológicas]. (*American Journal of Orthopsychiatry*, v.60(2), p. 233-249, 1990). Se constató que la regularidad del régimen de visitas era uno de los elementos que más favorecían la adaptación positiva de los niños.

R. Lohr, C. G, A. Mendell and B. Riemer. *Clinical Observations on Interferences of Early Father Absence in the Achievement of Femininity* [Observaciones clínicas sobre las repercusiones de la ausencia temprana del padre en el desarrollo femenino]. (*Clinical Social Work Journal*, V. 17, #4, Winter, 1989).

Estos son algunos de los efectos observados por los autores en niñas que se han visto privadas de la presencia paterna en virtud del régimen de visitas impuesto tras la separación matrimonial:

«Sobre la base de nuestra experiencia clínica con cierto número de niñas en edad de latencia y adolescentes cuyos padres se

habían divorciado durante la edad edípica de las niñas, llegamos a la conclusión de que, **en respuesta a la ausencia del padre, surgen determinados hábitos de resistencia que pueden complicar la consolidación de una identidad femenina positiva en muchas niñas**, y que puede observarse durante los años de latencia. Algunos síntomas de la existencia de ese fenómeno y de sus repercusiones a efectos de tratamiento son los siguientes:

1. intensos trastornos de ansiedad de separación
2. negación y represión de sentimientos asociados a la pérdida del padre
3. identificación con el objeto perdido
4. necesidad material de la presencia del varón.»

En un estudio anterior realizado por **Kalter y Rembar** en el Hospital Psiquiátrico Infantil de la Universidad de Michigan, una muestra de 144 pacientes en edad infantil o adolescente, hijos de padres divorciados, presentaron, como problemas más frecuentes que requerían diagnóstico y tratamiento, los tres siguientes:

- 63% de los niños: algún problema psicológico subjetivo (ansiedad, tristeza, melancolía intensa, fobias o depresión)
- 56% de los niños: calificaciones escolares deficientes o muy inferiores a su capacidad o su rendimiento anterior
- 43% de los niños: agresividad hacia sus progenitores.

Neil Kalter, Ph.D.: *Long-Term Effects of Divorce on Children: A Developmental Vulnerability Model* [Efectos a largo plazo del divorcio en los niños: un modelo de vulnerabilidad del desarrollo] (*American Journal of Orthopsychiatry*, 57(4), octubre, 1987).

«En las poblaciones de mujeres adolescentes y adultas, el divorcio de los padres se ha relacionado con una menor autoestima,

actividad sexual precoz, mayores niveles de comportamientos de tipo delictivo y más dificultades para establecer relaciones heterosexuales gratificantes y duraderas en la edad adulta. Cabe destacar que, en esos estudios, el divorcio de los padres ha tenido lugar generalmente años antes de que se observen las dificultades.

En el momento de la separación conyugal, cuando (en general) el padre abandona el hogar familiar y empieza a tener menos contacto con sus hijos durante los años siguientes, todo parece indicar que las muchachas experimentan la pérdida emocional del padre egocéntricamente, como un rechazo hacia ellas. Aunque es más frecuente entre las niñas de preescolar y de los primeros niveles de la escuela elemental, hemos observado ese fenómeno clínicamente en niñas de los últimos niveles de la escolaridad básica y jóvenes adolescentes.

En esos casos, **la falta continuada de relación con el padre se experimenta como un rechazo por parte de él.** Muchas niñas atribuyen ese rechazo a que no son suficientemente hermosas, afectuosas, atléticas o inteligentes para agradar al padre y mantener con él contactos regulares y frecuentes.

Por último, las niñas cuyos padres se divorcian pueden crecer sin la experiencia cotidiana de la relación recíproca con un hombre que las colma de atenciones, cuidados y amor. **La sensación continua de ser valorada y amada como niña parece un elemento de especial importancia para afianzar la autoestima como mujer.** Todo parece indicar que, sin esa fuente constante de afecto, la autovaloración femenina de una niña no prospera.»

Rebecca L. Drill, Ph.D. *Young Adult Children of Divorced Parents: Depression and the Perception of Loss* [Jóvenes adultos hijos de padres divorciados: depresión y sensación de pérdida]. (Journal of Divorce, V. 10, #1/2, Fall/Winter 1986)

«El joven adulto se deprime más cuando percibe como «perdido» al progenitor no custodio. Cuando se produce el divorcio, la percep-

ción del padre como progenitor no custodio se modifica en sentido negativo, mientras que la percepción de la madre (como progenitor custodio) se mantiene relativamente estable.

Puesto que el divorcio es un proceso, y no un acontecimiento aislado, sus efectos pueden ser acumulativos, por lo que una intervención a tiempo resultaría beneficiosa.

La participación continua del progenitor no custodio en la vida del niño parece decisiva para evitar que éste desarrolle una intensa sensación de pérdida... La importancia de la relación con el progenitor no custodio puede tener también consecuencias en los aspectos legales del régimen de custodia y visitas. **Según los resultados de este estudio, los regímenes [de custodia] que permiten a ambos padres participar por igual en la vida del niño son óptimos. Cuando este tipo de régimen no es posible, la relación continua del niño con el progenitor no custodio sigue siendo esencial.»**

Thomas S. Parish, *Children's Self Concepts: Are They Affected by Parental Divorce and Remarriage* [Autoestima de los niños: influencia del divorcio y nuevo matrimonio de sus padres]. (Journal of Social Behavior and Personality, 1987, V 2, #4, 559-562.

«Desde hace mucho tiempo se considera que **el impacto del divorcio y la consiguiente ausencia del padre afectan muy negativamente a los niños.** Por ejemplo, el divorcio y la pérdida del padre se han relacionado con dificultades en la adaptación escolar (por ej. Felner, Ginter, Boike, y Cowen), social (por ej. Fry y Grover) y personal (por ej. Covell y Turnbull).

Los resultados del presente estudio indican que la pérdida del padre subsiguiente al divorcio se relaciona con la disminución de la autoestima en los niños, al menos en lo que respecta a esa muestra de niños de la región central de los Estados Unidos».

Joan Kelly, Ph.D. (associate of Judith Wallerstein, Ph.D.): *Examining Resistance to Joint Custody* [Examen de la resistencia a la custodia compartida] (Monografía incluida en el libro *Joint Custody and Shared Parenting*, segunda edición, Guilford Press, 1991.)

«Resulta irónico, y a la vez interesante, que hayamos sometido la custodia compartida a un nivel e intensidad de vigilancia que nunca se ejerció en relación con el régimen tradicionalmente adoptado tras el divorcio (custodia legal y física en exclusiva para la madre y visitas durante dos fines de semana al mes para el padre). Los conocimientos teóricos sobre desarrollo y relaciones deberían haber alertado a los profesionales de la salud mental acerca de las potenciales consecuencias inmediatas y a largo plazo que tendrá para el niño el hecho de ver a uno de sus padres solamente cuatro días cada mes. Sin embargo, hasta muy recientemente, no se plantearon objeciones especiales a ese régimen tradicional de relaciones con los hijos tras el divorcio, a pesar de los indicios cada vez más frecuentes de que tales relaciones posteriores al divorcio resultaban insuficientes para el desarrollo y la estabilización de muchos hijos y padres.

Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres.»

Buchanan, C., Maccoby, y Dornbusch: *Adolescents After Divorce* [Los adolescentes tras el divorcio]. **Harvard University Press, 1996.**

Estudio de 517 familias con niños de edades comprendidas entre 10,5 y 18 años, que abarcó un período de cuatro años y medio. Se evaluaron los siguientes indicadores: depresión, anomalías, esfuerzo escolar y calificaciones escolares. Se constató que **los niños en regímenes**

de custodia compartida física estaban mejor adaptados en relación con esos indicadores que los niños bajo custodia exclusiva.

American Psychological Association: *Report to the U.S. Commission on Child and Family Welfare* [Informe a la Comisión de los Estados Unidos sobre Bienestar Infantil y Familiar], 14 de junio de 1995.

En este informe se resumen y evalúan las principales investigaciones relativas a la custodia compartida y sus repercusiones en el bienestar del niño. El informe llega a la conclusión de que «las investigaciones analizadas respaldan la conclusión de que la custodia compartida conlleva determinados resultados favorables para los niños, en particular más participación del padre, mejor adaptación del niño, pago de pensiones alimenticias, reducción de los gastos en litigios y, a veces, menor conflicto entre los padres.» La Asociación observó también que «es absolutamente indispensable una mejor política para reducir el actual enfoque conflictivo que ha dado por resultado la custodia exclusiva materna, la participación limitada del padre y la falta de adaptación tanto de los niños como de los padres. Esa política deberá favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los padres.»

Rockwell-Evans, Kim Evonne: *Parental and Children's Experiences and Adjustment in Maternal Versus Joint Custody Families* [Experiencias y adaptación de padres e hijos: comparación entre custodia materna y custodia compartida] (Doctoral dissertation, 1991. North Texas State U.)

En este estudio se compararon 21 familias en situación de custodia compartida con otras 21 en situación de custodia materna, con niños de edades comprendidas entre 4 y 15 años.

Los resultados mostraron que entre los niños bajo custodia exclusiva eran más frecuentes los casos de mala conducta y exteriorización de conflictos internos: «un análisis de regresión múltiple de

esos datos permitió constatar que los niños en situación de custodia compartida tenían menos problemas de adaptación comportamental con conducta externalizante que los niños en situación de custodia materna».

J. Pearson and N. Thoennes: *Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns*, American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 60, 1990.

«Coincidiendo con los resultados de otros estudios sobre custodia compartida y custodia exclusiva, los progenitores no custodios en situación de custodia compartida legal y residencial participaban, sin duda, más en la vida de sus hijos tras el divorcio que los progenitores no custodios en regímenes de custodia exclusiva... Por último, los encuestados en situación de custodia compartida mostraron más tendencia a percibir en su ex cónyuge una buena relación con los hijos y a mostrarse satisfechos con el comportamiento de esa persona como progenitor.

En nuestra muestra, los conflictos entre padres divorciados no parecían empeorar como resultado de la mayor necesidad de cooperación y comunicación entre ambos padres en los casos de custodia compartida o custodia residencial compartida. Al contrario, los padres en régimen de custodia materna exclusiva notificaron los mayores niveles de deterioro de las relaciones a lo largo del tiempo.»

Glover, R. y C. Steele: *Comparing the Effects on the Child of Post-divorce Parenting Arrangements* [Comparación de los efectos de los regímenes posdivorciales en los hijos]

Journal of Divorce, Vol. 12, No. 2-3 (1989).

En este estudio se evaluó a niños de 6 a 15 años, divididos en tres grupos: custodia compartida, custodia materna y familia intacta. Como promedio, los niños en familias intactas mostraron niveles más altos de autoestima y relaciones con el padre que los

niños de familias divorciadas, al tiempo que los niños en custodia compartida mostraron a su vez mayores niveles de autoestima y relaciones con el padre que los niños en custodia exclusiva materna. Los hijos de familias intactas utilizaron menos respuestas poco positivas en todas las materias que los hijos de familias divorciadas, y los hijos en custodia compartida utilizaron menos respuestas poco positivas que los niños en custodia exclusiva en todas las materias, excepto en la relación con la madre.

Este estudio indica que, como promedio, la familia intacta es el mejor entorno para los niños, y el régimen de custodia compartida es mejor que el régimen de custodia exclusiva, es decir, una familia con dos padres es mejor aunque esos padres estén divorciados.

Lerman, Isabel A. *Adjustment of latency age children in joint and single custody arrangements* [Adaptación de niños en edad de latencia en regímenes de custodia compartida y custodia exclusiva] (California School of Professional Psychology, San Diego, 1989).

En este estudio se evaluó a 90 niños, con edades de 7 a 12 años, divididos por igual en grupos de custodia materna, custodia compartida legal y custodia compartida física.

Los resultados mostraron los efectos negativos de la custodia exclusiva: «Los niños bajo custodia exclusiva manifestaron mayores niveles de odio a sí mismos y una percepción de mayor rechazo por parte de sus padres que los niños en situación de custodia compartida física». Se constató que la conflictividad entre los padres era un factor significativo que podía explicar la mejor adaptación de los niños en régimen de custodia compartida física: «El nivel de conflictividad entre los padres fue un factor significativo de rechazo de sí mismos en los niños. Cuanto mayor era el nivel de conflictividad, más intenso era el autorrechazo; y viceversa, a menores niveles de conflictividad correspondían menores indicios de autorrechazo».

Por otra parte, «el mayor nivel de contacto entre padre e hijo se asoció con una mejor adaptación, un menor autorrechazo y una menor percepción de rechazo paterno; y el menor contacto entre padre e hijo se asoció con una peor adaptación, mayores niveles de autorechazo y una mayor percepción de rechazo paterno».

Sanford Braver: *Determining the Impact of Joint Custody on Divorcing Families* [Determinación de los efectos de la custodia compartida en las familias divorciadas].

Estudio de 378 familias en distintas situaciones de custodia; por custodia compartida deberá entenderse, a los efectos de este estudio, custodia compartida legal, no física.

«...Sharlene Wolchik, Iwrin Sandler y yo mismo constatamos en 1985 que los niños en situación de custodia compartida tenían mayores sentimientos de autoestima que los niños bajo custodia materna exclusiva.

Nuestros resultados pusieron de manifiesto las considerables ventajas de la custodia compartida, incluso al equiparar los factores de predisposición. Tras realizar ese ajuste, se constató que los niños en situación de custodia compartida se hallaban notablemente mejor adaptados y mostraban un comportamiento menos antisocial e impulsivo que los niños bajo custodia exclusiva. Asimismo, los padres tenían un régimen de visitas más amplio, participaban más en el cuidado de los hijos y estaban más satisfechos con la solución dada al divorcio. Sin embargo, las madres estaban bastante menos satisfechas con el régimen de custodia en las familias con custodia compartida.

Cuando la pareja está en desacuerdo desde el principio, ¿qué es mejor para la familia, prestar atención a la preferencia del padre (custodia compartida) o a la preferencia de la madre (custodia exclusiva)? Comprobamos que los grupos diferían significativamente en cuanto al pago de las pensiones alimenticias:

cuando la custodia exclusiva se imponía contra el deseo del padre, se pagaba el 80 por ciento de las pensiones (según los padres; la cifra indicada por las madres fue del 64 por ciento); cuando se otorgaba la custodia compartida contra la preferencia de la madre, el promedio de los pagos se acercaba al cumplimiento total (97 por ciento, según los padres; 94 por ciento, según las madres)... Se constató una proporción similar en lo que respecta al contacto del padre con el hijo, significativamente más elevado en los casos en que la custodia compartida se concedió a pesar de la disconformidad de la madre.»... «La custodia compartida, aún cuando se conceda contra los deseos de la madre, propicia una mayor participación de los padres y niveles casi perfectos de pago de las pensiones alimenticias; si se controlan los factores de predisposición, da lugar a una mayor adaptación de los niños...

Creemos que esas conclusiones requieren que los encargados de formular las políticas adopten, en aras del mejor interés del niño, la presunción de derecho a favor de la custodia compartida legal, es decir, una preferencia judicial para que ambos padres conserven sus derechos y responsabilidades respecto de sus hijos tras el divorcio.»

***** Enlaces de referencia:**

- <http://www.gocrc.com/research/jcbib.html>
- <http://www.cyfc.umn.edu/Documents/G/B/GB1021.html>
- <http://www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.htm>
- <http://members.tripod.com/~mdcrc/jcbib.html>
- http://www.horut-shava.org.il/legislation/custody/research_on_shared.htm

***** Dirección para la obtención de tesis y estudios:**

University Microfilms International
300 North Zeeb Rd,
Ann Arbor,
MI 48106.
Tel. 1 (800) 521-3042

ESTUDIOS SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LA RESIDENCIA ALTERNA EN FRANCIA:

Una exhaustiva recopilación de los estudios sobre custodia compartida llevados a cabo en Francia durante los últimos años y que, en buena medida, han servido de base para el proceso que culminó en la adopción de la vigente Ley sobre la autoridad parental, puede consultarse en la siguiente dirección de internet: <http://residencealternee.free.fr/>, y en particular en el documento: http://residencealternee.free.fr/connaissances_scient_RA.doc

Una investigación sobre padres con niños de tres a cinco años²⁵

Autor: **Mogens Nygaard Christoffersenn** (Instituto de Investigaciones Sociales de Dinamarca.)

El estudio abarca una muestra de 1200 niños de edades comprendidas entre 3 y 5 años que, el 1 de enero de 1995, vivían en hogares monoparentales, 600 de ellos con su padre biológico y otros 600 con su madre biológica. A esos padres y madres se les hicieron diversas preguntas para evaluar la situación física y emocional de los niños.

En general, las respuestas permitieron constatar niveles más altos de bienestar y adaptación entre los niños que vivían con su padre. Por ejemplo, los niños que vivían con su padre mostraban porcentajes más bajos respecto de los trastornos o conflictos siguientes:

²⁵ Documento presentado en la Conferencia Interministerial de Investigaciones Sociales celebrada en Estocolmo (Suecia) los días 27 y 28 de abril de 1995). Una versión en inglés del documento se publicó en 1998 con el título *Growing up with dad: a comparison of children aged 3-5 years old* (Childhood, 5, 1:41-54), no disponible en internet. En cambio, sus resultados se incluyen en la publicación en inglés del mismo autor *Trends in fatherhood patterns: the Danish model*, páginas 14 y siguientes (dirección en Internet: [>> Researchers >> Mogens Nygaard Christoffersen >> Working Papers >> Trends in fatherhood patterns - the Danish model](http://www.sfi.dk/), y se mencionan repetidamente en el libro *Father and Child Reunion*, de Warren Farrell. Asimismo, hemos podido localizar una versión en español en <http://www.papa.com/vk/espanol/casodanes.htm>. El profesor Christoffersen es especialista en temas de infancia y familia, pero ajeno a toda proclividad o veleidat «de género», como podrá comprobar el lector que consulte algunas de sus publicaciones en las direcciones indicadas.

	Con el padre (%)	Con la madre (%)
Falta de autoestima	9	17
Problemas psíquicos	40	52
Síntomas de estrés psicossomático	37	54
Castigos físicos (golpes con los nudillos, azotes o bofetadas) al menos en una ocasión	61	73
Castigos semanales (castigo físico, reclusión en su habitación o zarandeo, una o varias veces por semana)	17	24
Accesos de rabia frecuentes	24	34
Reacciones negativas hacia el entorno	8	20
Reacciones positivas hacia el entorno	71	33

También es digno de mención el hecho de que los padres (varones) favorecían más el contacto del niño con el otro progenitor, como se pone de manifiesto en los siguientes porcentajes:

- en el caso de los hogares primarios paternos, el porcentaje de niños en situación de custodia compartida ascendía al 58%;
- en el caso de los hogares primarios maternos, esa cifra se reducía al 38%;
- asimismo, la distribución equitativa del tiempo de convivencia o «visita conjunta» (14 a 16 noches al mes) era notablemente más frecuente en el caso de los niños en hogares primarios paternos (16% frente a 4%)
- el balance favorable para los padres (varones) que ofrecen esas cifras se refuerza si se tienen cuenta que la tercera parte de los hogares paternos eran monoparentales por fallecimiento (14%) o incapacidad o ausencia de la madre (20%).

Entre las posibles razones que permiten explicar estos resultados, el autor comienza por mencionar el interés de los padres (varones) que tratan activamente de responsabilizarse en la crianza

de sus hijos, ya que este tipo de padres parecen tener mejores condiciones para hacer frente a esas tareas de crianza. Por eso, el autor se pregunta hasta qué punto los padres que viven solos con sus hijos son representativos de los padres divorciados.

Sin embargo, lo que el estudio demuestra incontestablemente es que los niños tienen mayores niveles de bienestar cuando viven con un progenitor masculino que ha tratado activamente de responsabilizarse de ellos, hecho que por sí solo habla elocuentemente a favor de la custodia compartida, por lo menos en los casos en que el padre la solicite.

Otro factor que, según el autor, puede explicar la situación favorable a los hogares paternos es el mayor promedio de ingresos económicos de esos hogares, relacionado con la mayor especialización profesional de los varones entrevistados en comparación con las mujeres. Sin embargo, ambos grupos padecen altos niveles de desempleo: 30% las madres y 20% los padres.

Otra conclusión de gran importancia es que los hogares paternos, aparte de favorecer una mayor *cantidad* de los tiempos de convivencia del niño con cada progenitor (custodia y visitas), propician una mejor *calidad* de las relaciones: las madres tenían una relación mucho mejor con los niños cuando éstos vivían con el padre que en el caso contrario, según indican los siguientes porcentajes:

- el 14% de los niños que vivían con la madre habían perdido todo contacto con el padre;
- esa cifra se reducía al 6% en el caso de los niños que vivían con el padre;

En el estudio también se ponen de manifiesto los prejuicios sociales existentes contra la capacidad de los varones para ocuparse de sus hijos. El 71% de los padres (varones) manifestó haber sido objeto de reacciones positivas por parte de las personas a quie-

nes encontraba por primera vez, en comparación con el 33% de las madres, lo que refleja las expectativas sociales hacia las funciones de uno u otro sexo para con los hijos. Sin embargo, los resultados del estudio desmienten firmemente esa percepción negativa de la capacidad de los varones para ocuparse de sus hijos.

SECCIÓN 4

LA CUSTODIA COMPARTIDA REDUCE LAS TASAS DE DIVORCIO

Una de las principales contradicciones en que han incurrido, casi sin excepción, los Estados occidentales al hacer suyos los postulados favorables a la custodia exclusiva ha sido la de adoptar un modelo de relaciones familiares que incentiva el divorcio y que es, a todas luces, incompatible con las políticas estatales de protección de la familia.

En esta sección presentamos los resúmenes de tres estudios que demuestran empíricamente que la custodia exclusiva, al favorecer desmesuradamente los intereses de una de las partes, constituye un aliciente para que esa parte solicite el divorcio en situaciones conyugales que, de no mediar esa perspectiva de apropiación de todos los «activos» conseguidos durante el matrimonio, se resolverían de otro modo.

Es evidente que esa política oficial a favor de la custodia exclusiva no se ajusta como debiera al principio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos según el cual «la familia es el

*** Texto original: <http://www.sfi.dk/pdf/workingpapers/72.pdf>

elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado» (artículo 16.3) ni al mandato constitucional del Estado de asegurar «la protección social, económica y jurídica de la familia» (artículo 39.1).

Políticas de custodia infantil y tasas de divorcio (*Child Custody Policies and Divorce Rates*)²⁶

Autores: **Richard Kuhn** (Children's Rights Council, Washington, D.C.) y **John Guidubaldi**, D.Ed., (John Carroll University (Cleveland, OH) y Kent State University (Kent, OH))

En este documento se comparan las tendencias de las tasas de divorcio de los Estados Unidos en los estados que fomentan la custodia física conjunta y los estados que favorecen la custodia exclusiva. Los estados con altos niveles de custodia física conjunta (superiores al 30 por ciento) en 1989 y 1990 presentaron descensos significativamente mayores de las tasas de divorcio durante los años siguientes analizados, hasta 1995, en comparación con los demás estados. Las tasas de divorcio descendieron a un ritmo casi cuatro veces más rápido en los estados con altos niveles de custodia física conjunta, en comparación con los estados en que la custodia física conjunta fue rara. Como resultado, los estados con altos niveles de custodia física conjunta muestran ahora tasas de divorcio significativamente inferiores, como promedio, a las de los demás estados. Los estados que, en esas fechas, favorecían la custodia exclusiva también mostraron un mayor número de divorcios en que estaba en litigio la custodia de los niños. **Estas constataciones indican que las políticas públicas que fomentan la custodia exclusiva pueden contribuir a aumentar las tasas de divorcio.**

Para la realización del estudio se utilizaron datos publicados en 1995 por el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias (National

²⁶ Documento presentado en la 11ª Conferencia Anual del Consejo de los Derechos del Niño (Children's Rights Council), octubre de 1997. Washington, D.C. Puede consultarse en: <http://www.vix.com/crc/sp/spcrc97.htm>

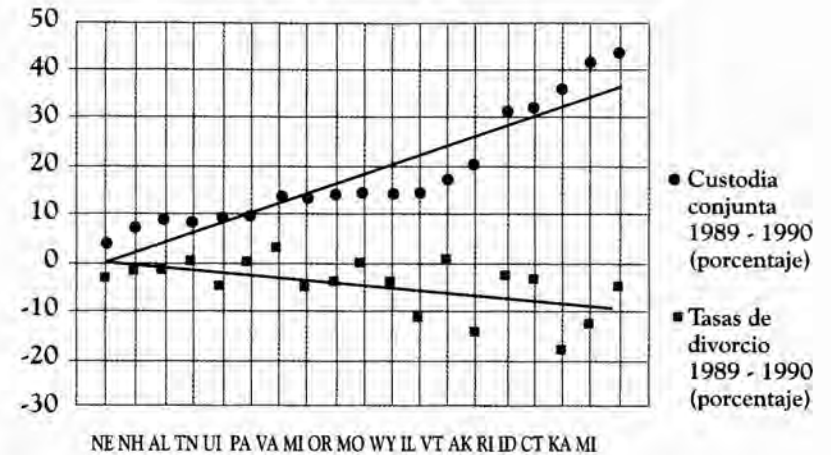
Center for Health Statistics, NCHS). Esos datos se refieren a los porcentajes de sentencias de custodia física conjunta o custodia exclusiva dictadas por los tribunales en los años 1989 y 1990 en 19 estados, entendiéndose por custodia física conjunta, a efectos del estudio, una distribución del tiempo de convivencia nunca inferior al 30 por ciento con uno de los padres. En función de esos porcentajes se establecieron tres categorías de estados, según sus niveles de custodia física conjunta: alto medio y bajo. En la categoría alta se incluyó a los estados siguientes, cuyos porcentajes de custodia física conjunta llegaban a superar el 50% en ocasiones:

Estado	Custodia al padre (1989/1990)	Custodia a la madre (1989/1990)	Custodia conjunta (1989/1990)
Montana	8,1/8,4	47,8/46,4	43,3/44,0
Kansas	7,8/6,8	50,1/47,2	39,5/43,6
Connecticut	5,3/5,3	58,7/58,1	35,8/36,4
Idaho	9,8/10,4	57,9/55,3	31,9/33,2
Rhode Island	No disponible/5,4	No disponible/62,2	No disponible/31,7

Estos estados con altos niveles de custodia conjunta presentaban cuatro años más tarde tasas de divorcio significativamente más bajas. Como promedio, los estados con mayores niveles de custodia conjunta mostraron una reducción de las tasas de divorcio dos veces más elevada que los estados con niveles medios de custodia conjunta. Porcentualmente, entre 1989 y 1994, la tasa en el grupo de estados con altos niveles de custodia conjunta descendió en un 8%, en los estados con un nivel medio de custodia descendió en un 4 por ciento, y en los estados con un nivel bajo de custodia descendió en menos del 1 por ciento.

El siguiente gráfico muestra la divergencia de los índices de custodia conjunta y las tasas de divorcio:

Sentencias de custodia conjunta y evolución de las tasas de divorcio en la muestra 19 estados



Los autores examinan también la correlación entre las tasas de matrimonio y las tasas de divorcio en esos estados: en efecto, si aumentan las tasas de matrimonio, es previsible un aumento de las tasas de divorcio en años posteriores, y viceversa. Ponderados los resultados con arreglo a ese factor, los autores concluyen que, por el contrario, los estados con menores índices de custodia conjunta experimentan un mayor descenso correlativo de las tasas de matrimonio. Así pues, la explicación de esa relación inversa entre porcentajes de custodia conjunta y tasas de divorcio hay que buscarla en factores sociales y económicos.

Tras el análisis minucioso de los datos relativos a las tasas de divorcio, los porcentajes de custodia y el porcentaje de divorcios en que la custodia está en litigio, los autores concluyen que la generalización de la custodia física conjunta contribuirá a reducir las tasas de divorcio, y que en los estados que fomentan la custodia conjunta, las tasas de divorcio descienden a un ritmo mucho más rápido que en los estados que favorecen la custodia exclusiva. Asimismo, consideran que existen factores sociales y económicos que pueden explicar esa diferencia entre las tasas de divorcio. La custodia exclusiva permite a uno

de los cónyuges reubicarse con rapidez y hacer daño al otro al arrebatarse los hijos. Asimismo, los pagos de pensiones alimenticias, potencialmente más elevados en los regímenes de custodia exclusiva pueden constituir una motivación económica para el divorcio. En cambio, si uno de los padres se plantea la posibilidad de solicitar el divorcio, y el abogado le advierte que el juez no va a permitirle mudarse a otro lugar con los niños y que el otro padre va a seguir presente en la vida de los menores a todos los efectos, tal vez decida que es más fácil tratar de arreglar los problemas y permanecer casados.

Los Estados cuyas políticas den por resultado mayores niveles de custodia conjunta deben prever, por lo tanto, una reducción de sus tasas de divorcio.

Los resultados de este estudio así lo demuestran.

Custodia conjunta: Teorías de la vinculación afectiva y del control

*(Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories)*²⁷

Autores: **Margaret E. Brinig**²⁸ y **F.H. Buckley**

En este estudio, los autores constatan la correlación existente entre custodia compartida y menores tasas de divorcio, especialmente en función de dos factores. Con arreglo al primero de ellos, es más probable que entre el padre y los hijos se establezcan vínculos más sólidos si saben que sus relaciones estarán protegidas por la custodia compartida física en caso de divorcio. La solidez de esos vínculos reducirá la probabilidad de que el padre inicie el divorcio. Es lo que los autores denominan «teoría de la vinculación afectiva» (*bonding theory*).

²⁷ Puede consultarse en: http://www.law.indiana.edu/ilj/v73/no2/brinig.html#N_1

²⁸ Profesora en la Universidad de Iowa. Su página universitaria puede consultarse en: <http://www.uiowa.edu/~mfblaw/>

Por otra parte, la custodia compartida resuelve el problema de las reticencias económicas del progenitor no custodio, incapaz de controlar el uso real del dinero destinado a su hijo, y permite a ambos progenitores el mismo nivel de acceso y responsabilidad. Es lo que Brinig y Buckley llaman la «teoría del control» (*monitoring theory*).

Los autores verifican ambas teorías de la custodia conjunta mediante análisis de regresión. En primer lugar, aplican el análisis de regresión a los niveles de divorcio en función de la custodia conjunta y los predictores socioeconómicos, y constatan que las leyes sobre custodia conjunta guardan una significativa correlación con tasas de divorcio más bajas, de acuerdo con las teorías de la vinculación. Posteriormente, aplican el análisis de regresión a los coeficientes de pago de pensiones alimenticias en función de los predictores legales y socioeconómicos, y concluyen que las legislaciones sobre custodia conjunta guardan una correlación significativa con coeficientes más altos de pagos de pensiones alimenticias, de conformidad con la teoría del control. Esos resultados se confirman mediante diversas estimaciones técnicas y la introducción de distintas variables independientes.

Los autores advierten que se requieren más investigaciones al respecto y que, en todo caso, sus conclusiones no deben confundirse con una defensa a ultranza de la reducción de las tasas de divorcio, ya que «la reducción de los niveles de divorcio puede no ser benigna si las esposas permanecen en relaciones abusivas para no perder parte de la custodia de sus hijos en un régimen de custodia conjunta, lo que también apunta a la necesidad de más investigaciones empíricas».²⁹

²⁹ Esta frase, basada en el presupuesto de la esposa como víctima potencial de violencia doméstica, en contra de los abrumadores datos de todos los estudios objetivos sobre violencia doméstica, que demuestran la bidireccionalidad del maltrato, debería bastar para convencernos de que, en ningún caso, cabe atribuir los resultados de este estudio a prejuicios de género.

En definitiva, las dos principales conclusiones obtenidas por los autores en sus análisis estadísticos podrían resumirse del modo siguiente:

- una variable de custodia conjunta constituye un predictor significativo y negativo de divorcio, y
- una variable de custodia conjunta constituye un predictor significativo y positivo de pagos de pensiones.

Y concluyen:

«Nuestra hipótesis es que el cambio hacia la custodia conjunta reducirá las tasas de divorcio. Los padres reaccionarán al cambio que se introduzca en la ley con mil actos cotidianos que reforzarán sus vínculos familiares. Y como consecuencia, estarán menos dispuestos a separarse. La reducción de las tasas de divorcio redundará, sin duda, en el mejor interés de los hijos».

ESTAS BOTAS SON PARA CAMINAR: POR QUÉ LAS ESPOSAS SOLICITAN EL DIVORCIO («These Boots are Made for Walking: Why Wives File for Divorce»)³⁰

Autores: Margaret F. Brinig³¹ y Douglas W. Allen³²

Los autores analizan en este estudio la distribución de los «activos» matrimoniales tras el divorcio y llegan a la conclusión de que el reparto de beneficios entre el hombre y la mujer es asimétrico, y esa asimetría actúa como un incentivo que favorece un aumento de las tasas de divorcio. Los resultados se basan fundamentalmente en los datos obtenidos de todos los certificados de divorcio correspondientes a 1995 (más de 46.000 casos) en los estados de Connecticut, Virginia, Oregon y Montana.

³⁰ Documento presentado en la Canadian Law and Economics Association Meeting, 1998. Puede consultarse en: <http://www.lapresrupture.qc.ca/why%20women%20ask%20divorce.pdf>

³¹ Profesora en la Universidad de Iowa. Página web: <http://www.uiowa.edu/~mfblaw/>

³² Profesor en la Universidad «Simon Fraser». Página web: <http://www.sfu.ca/~allen/research.html>

Según atestiguan esos datos, las mujeres interponen más demandas de divorcio que los hombres y, además, provocan o promueven la separación con más frecuencia que los hombres, a pesar de su profundo apego a los hijos y de los indicios de que, con frecuencia, los divorcios resultan perjudiciales para éstos. En apoyo de esta conclusión, citan asimismo los resultados de la Encuesta Nacional de Familias y Hogares (*National Survey of Families and Households*) de 1987-88 y 1992-94, en la que se solicitó a los encuestados su percepción de la iniciación del divorcio en los términos siguientes:

«Pregunta: A veces ambos cónyuges desean por igual poner fin al matrimonio; otras veces, uno de ellos lo desea con mayor intensidad que el otro. Marque con un círculo la respuesta que mejor describa lo que ocurrió en su caso».

Respuestas	Porcentajes	
	Mujeres	Hombres
1. Yo deseaba divorciarme, pero mi cónyuge no	27,2	9,6
2. Yo deseaba el divorcio más que mi cónyuge	19,4	10,0
3. Ambos deseábamos el divorcio	17,8	28,1
4. Mi cónyuge deseaba el divorcio más que yo	9,0	16,2
5. Mi cónyuge deseaba el divorcio, pero yo no	9,5	20,3
6. Respuesta en blanco o no válida	17,1	15,8

Entre los distintos «activos» en litigio en caso de divorcio, el más importante es el relativo a la custodia. La introducción de cambios en la legislación sobre custodia será, por tanto, el factor que más influencia tenga en el planteamiento del divorcio. A ese respecto los autores concluyen:

«En particular, esos cambios [legales] podrían tomar la forma de una presunción de custodia conjunta o una norma que permitiese que la situación posterior del divorcio reflejase lo más posible la distribución de tiempos [de contacto con los hijos] previa a la separación, reservándose la custodia exclusiva únicamente para los casos

en que una de las partes pudiese demostrar la falta de idoneidad de la otra. Una norma sobre custodia adecuada reducirá el incentivo de una de las partes a solicitar el divorcio con la finalidad de obtener el control unilateral de los hijos y, en la medida en que ambos padres se relacionen a través del régimen de visitas y de las pensiones alimenticias, del otro progenitor.»

A la pregunta «¿qué tipo de problema determina la mayor parte de los divorcios?», los autores responden con un análisis empírico de las demandas de divorcio y llegan a la conclusión de que, cuando nos hallamos ante «comportamientos relacionados con el aprovechamiento, la apropiación y la custodia, los modelos relativos a la custodia son los más importantes.»

Brinig y Allen concluyen que los resultados de su estudio confirman la hipótesis de que la demanda de divorcio se basa en el propio interés, y que las personas solicitan especialmente el divorcio cuando tienen la seguridad de apropiarse de un mayor volumen de «activos» del matrimonio. Es cierto que, en algunos casos, los divorcios pueden producirse porque uno de los cónyuges siente que el otro ha infringido alguna de las normas básicas del matrimonio, como por ejemplo en caso de crueldad o malos tratos. Sin embargo, ese tipo de alegaciones sobre crueldad representan sólo el 6 por ciento de todas las demandas de divorcio en Virginia.

«Hemos comprobado que la obtención de la custodia de los hijos es, con mucho, el factor más importante para decidir quién interpone la demanda de divorcio, sobre todo cuando el litigio es menor en lo que respecta a los bienes materiales.»

Según el cálculo estadístico realizado por los autores, la previsión de la obtención de la custodia aumenta las probabilidades de que el favorecido solicite el divorcio en las proporciones siguientes:

· Caso hipotético 1. Casados hace 20 años, cuando él tenía 26 y ella 19. Tres hijos. En caso de divorcio, el marido obtendrá la custo-

día. La formación académica del marido supera en 7 años a la de la mujer. Probabilidad de que la mujer solicite el divorcio = .095. Sin embargo, si es la mujer la que va a obtener la custodia, la probabilidad de que solicite el divorcio = .69. **Es decir, cuando la previsión de obtención de la custodia pasa del marido a la mujer, las probabilidades de que la mujer solicite el divorcio se multiplican por 7.**

· Caso hipotético 2. Casados hace 5 años, cuando ambos tenían 26. Dos hijos. En caso de divorcio, la mujer obtendrá la custodia. La formación académica de la mujer supera en 3 años a la del marido. Probabilidad de que la mujer solicite el divorcio = .79. Sin embargo, si es el marido el que va a obtener la custodia, la probabilidad de que la mujer solicite el divorcio desciende a .32. **Es decir, cuando la previsión de obtención de la custodia pasa de la mujer al marido, las probabilidades de que la mujer solicite el divorcio se dividen por 2,4.**

Y los autores concluyen:

«Debido a que el factor custodia es, con mucho, el más importante, los reformadores de las leyes de familia tal vez deban concentrarse en la formulación de normas sobre custodia que modifiquen el saldo de beneficios resultante para cada cónyuge.»

En definitiva, Brinig y Allen preconizan normas sobre custodia que reproduzcan en la medida de lo posible los modelos existentes en el matrimonio, otorgando a cada cónyuge una función significativa tras el divorcio, en lugar de aplicar criterios como los de «preferencia materna» o «cuidador primario», que se plasman en una situación en que «el ganador se queda con todo». Una norma basada en la presunción de custodia conjunta o proporciones similares de participación en la vida de los hijos no sólo favorecería el reparto de responsabilidades en la crianza de los niños, sino una mayor igualdad de oportunidades en la vida laboral, concluyen los autores.