

EL LABERINTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA¹

Claroscuros de un solo nombre con varios significados

Vicente J. Ibáñez Valverde

Psicólogo Forense de la Plantilla de la Administración de Justicia²
Especialista en Psicología Clínica

RESUMEN: Este trabajo pretende analizar el concepto de “Custodia Compartida” que se introduce en la Ley 15/2005 de “Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio”. Se revisan, en primer lugar, los diferentes tipos de custodia de los hijos e hijas que se suelen otorgar en los casos de separación o divorcio entre los progenitores; así como los distintos significados que se atribuyen al término común ‘Custodia Compartida’ en diferentes contextos. A continuación se presenta la situación existente en diversos países de nuestro entorno y, finalmente, se discuten los diferentes puntos de vista planteados respecto de las posibles ventajas o inconvenientes de la aplicación de este supuesto.

Introducción

El pasado día 8 de julio de 2005, veinticuatro años después de la promulgación en España de la Ley del Divorcio, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta modificación que introduce, entre varias otras novedades, la posibilidad del divorcio directo, sin necesidad de el trámite previo de la separación, venía siendo reclamada desde hacía bastante tiempo por numerosos especialistas en la materia. Pero no es esta, con ser muy significativa, la única novedad significativa que introduce: elimina, por ejemplo, la necesidad de probar la concurrencia de causa alguna, excepto la simple expresión de la voluntad de las partes; apunta también el importante ahorro de costes, tanto económicos como, sobre todo, personales que presumiblemente se derivará para las partes de la supresión del doble proceso de Separación-Divorcio, y la consecuente reducción de plazos. Y, sin duda, uno de los aspectos que mayor revuelo ha producido ha sido la introducción en el texto normativo del concepto de **Custodia Compartida** de los hijos e hijas en los casos de divorcio o separación de sus progenitores.

En el anteproyecto de ley presentado a las Cortes podía, entre otras cosas, leerse que se preveía “...la figura de la custodia compartida por acuerdo

¹ Una versión previa de este artículo fue originalmente publicada en ‘DF’, Boletín de Derecho de Familia “El Derecho [Editores]”, Año 4, núms. 40 y 41, noviembre y diciembre de 2004.

² Correspondencia: Gabinete Psicosocial de los Juzgados de Familia de Madrid.
E-mail: vicente.ibanez@madrid.org

entre ambos cónyuges.... El Anteproyecto de Ley señala que es una posibilidad, no una obligación, que pasa, naturalmente, por el acuerdo de los cónyuges, aunque el Juez también la puede acordar en beneficio de los hijos". Esta posibilidad de que el juzgador pudiera acordar la custodia compartida aún en el supuesto de que los progenitores no la hubieran pactado previamente, fue la que provocó mayor cantidad de opiniones controvertidas; tan es así que el texto definitivamente aprobado, aunque sin renunciar completamente a permitir al Juez el ejercicio de esa potestad, lo limita a casos excepcionales y fundados en el hecho de que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor.

A lo largo de este trabajo intentaremos analizar no solo el concepto de Custodia Compartida, sino sus variantes, tanto de contenido como de posible aplicación, así como los posibles efectos psicológicos de su puesta en práctica sobre los principales destinatarios de la misma, los hijos, a favor de cuyo beneficio operamos todos los implicados en el proceso de toma de decisiones sobre su custodia, en aplicación de la imperante doctrina del "Mejor Interés del Niño" que inspira la "Declaración Universal de los Derechos del Niño" y la legislación de la mayoría de las sociedades avanzadas, incluida la Ley 15/06 que comentamos.

De hecho en la Exposición de Motivos de la propia Ley se hace expresa referencia a ese principio del Mejor Interés del Niño, cuando afirma que esta reforma legislativa ha de ocuparse de cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores, "*..cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos [los hijos] continúa a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad*" (literal en la exposición de motivos de la ley, el subrayado es nuestro).

Todo el texto, y esta es otra de las significativas novedades que introduce, se encuentra inspirado por el ánimo de la promoción del mutuo acuerdo, al extremo que afirma que la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o cuando el contenido de sus propuestas sea lesivo para los hijos o para uno de los cónyuges. Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de la ruptura para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo y -de nuevo- garantizar de forma especial la *protección del interés superior del menor* se establece, explícitamente, la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral; recogándose así, de forma explícita, la recomendación R(98)1, de 21 de Enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Enseguida vamos a proceder a un análisis más detallado de algunos de los conceptos señalados, pero antes de ello consideramos pertinente recoger literalmente algunos de los párrafos de la nueva redacción del Artículo 92 del Código Civil, que hacen expresa referencia a la guarda y custodia de los hijos.:

Art. 92 CC. Párrafo 4º *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.*

Art. 92 CC. Párrafo 5º *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*

Art. 92 CC. Párrafo 7º *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra...el otro cónyuge o los hijos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta...la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*

Art. 92 CC. Párrafo 8º *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*

Art. 92 CC. Párrafo 9º *“El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”*

El Laberinto, o ¿qué es la Custodia Compartida?

En el contexto de la separación o divorcio, la Custodia Compartida o Conjunta, como de modo indistinto se menciona en la exposición de motivos y en el cuerpo del texto del proyecto de ley, es un concepto poliédrico, de significados diferentes según quién, dónde o con que intención se utilice, que se ha venido desarrollando a lo largo de las últimas décadas y que, además, tiene tanto encendidos defensores como detractores que, curiosamente, utilizan a menudo parecidos argumentos, *a sensu contrario*, para justificar sus posiciones; intentaremos aclarar la cuestión en la medida de nuestras posibilidades.

La primera versión del concepto Custodia Compartida fue desarrollada alrededor de 1970, según el texto disponible en el sitio web del “Children Rights Council” (www.gocrc.com), para ayudar a proveer la participación activa de **ambos** padres en la crianza de sus hijos. El primer estatuto de custodia conjunta fue aprobado en el estado norteamericano de Indiana en 1973, y desde entonces se ha extendido a los cincuenta estados de la unión. Según el CRC en EEUU existe en la actualidad, al menos en treinta de los estados además del Distrito de Columbia, la presunción legal o la preferencia de custodia compartida. Pero no debemos pensar que la referencia a la custodia compartida tiene un significado común en los diferentes contextos o legislaciones; de hecho existe una primera y fundamental diferencia entre lo que se denomina “Custodia Legal Conjunta” y la “Custodia Física Conjunta” pero, antes de entrar en el análisis de los matices, repasaremos el significado e implicaciones de los distintos

tipos de custodia posibles en caso de separación o divorcio parental. Hace ya veinte años, en un libro titulado “Custodia conjunta y paternidad compartida”, Jay Folberg (1984) describía estos cuatro tipos de custodia posibles:

Custodia Exclusiva: La forma de Custodia aprobada con mas frecuencia, es aquella que se basa en una decisión del Juez por la que se concede la custodia exclusiva a uno de los progenitores, con derecho de visitas para el no custodio.

Custodia Partida: El factor que distingue la Custodia partida es que se concede la Custodia de uno o mas de los hijos a un progenitor y los restantes hijos al otro.

Custodia Repartida: Este tipo de custodia permite a cada uno de los progenitores tener al hijo, o hijos, durante una parte del año o tenerlo en años alternos. Cada padre tiene derechos de visita recíprocos y cada uno de ellos ejerce control exclusivo del niño mientras este permanece bajo su Custodia

Custodia Conjunta: El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc..

Más recientemente diversos autores, entre los que cabe mencionar a los españoles Justicia y Cantón (2000), han reducido a tres los tipos básicos de custodia, en tanto que la denominada custodia repartida ha pasado a ser considerada uno de los subtipos o modalidades de la custodia compartida. Estos tipos básicos de custodia son: **Exclusiva**, que continúa siendo, con gran diferencia, la más frecuentemente acordada; estos autores señalan que, aunque desde 1970 el número de familias monoparentales a cargo del padre ha aumentado en un 300%, aún se concede a la madre en un 90% de los casos, al padre en un 7,5% y a otros en un 2,5%. **Partida**, de la que señalan que suele estar contraindicada a no ser que se den relaciones fraternales destructivas, y que suele sustituir a un acuerdo original de custodia exclusiva. Y, finalmente, custodia **Conjunta**, de la que afirman que se basa en el concepto de co-parentalidad, es decir, igual implicación de ambos progenitores en la crianza de los hijos; aunque consideran, como anticipábamos en un párrafo anterior, que legalmente es un término confuso ya que en algunas ocasiones se refiere a la responsabilidad legal conjunta y en otras a la localización física o a ambas.

Aún más recientemente otra autora española (Ramírez, 2004) se ha unido a la extensa cohorte de especialistas que consideran que bajo la denominación genérica de Custodia Compartida subyace una confusión terminológica, que reside en que en la mayoría de legislaciones anglosajonas no existe el concepto *Patria Potestad* por lo que tradicionalmente, en casos de separación o divorcio, el progenitor que obtenía la custodia exclusiva asumía también la completa responsabilidad legal sobre sus hijos, lo que daría un sentido ligeramente diferente al proceso de cambio social a favor de la custodia compartida en Norteamérica.

Hablar de *Custodia Legal Conjunta*, en los términos de la definición que hoy ofrece el tesoro de términos legales en línea www.legal-definitions.com, como “*el acuerdo de los padres de un niño, tras el divorcio o separación, de que ambos tienen la autoridad y la responsabilidad sobre el niño en todo momento*”, o en los términos de la definición ofrecida por una autora nada sospechosa de ser favorable a la custodia compartida (Wilson, 2001), para quién Custodia Legal Conjunta “...*significa que ambos padres, en lugar del custodio exclusivo, tienen la responsabilidad legal sobre las principales decisiones relacionadas con el niño, incluyendo las médicas, escolares y de instrucción religiosa*”; es enteramente equivalente a hablar, en nuestro ordenamiento, de la Patria Potestad, que en España ya venía siendo, por ministerio de la ley, compartida en la inmensa mayoría de las ocasiones, aunque también cabe señalar que no son pocos los especialistas, entre ellos la propia Ramírez, que como resultado de la experiencia han venido reclamando que se dotará de mayores contenidos reales a la Patria Potestad.

La misma Wilson (2001; *op.cit.*) señala que existen diversos tipos de custodia conjunta, entre los que incluye el supuesto de *Custodia Partida*, con hermanos separados que ya hemos comentado; la *Custodia Legal Conjunta*, en los términos que acabamos de analizar; la *Custodia Rotativa* o alternante, que hace referencia al supuesto de que cada progenitor se hace cargo de los hijos por períodos de tiempo consecutivos, y se correspondería con el concepto de Custodia Repartida de Folberg; un tipo de custodia que la propia autora califica de ‘raro’ y al que se refiere con el término inglés “*Birdnesting*”, de difícil traducción, que libremente podríamos interpretar como “*Buscando el nido*” y que consiste en que los hijos residen en un lugar permanente, y son los padres los que se alternan en su convivencia con ellos. La *Custodia Física Conjunta*, que es la forma más frecuente de atribución, se refiere según Wilson, solo al tiempo que los niños pasan en el domicilio de cada progenitor; y que, aunque sea mayor que el que pasan en casa del progenitor no custodio en los casos de custodia exclusiva, no significa que sea exactamente el 50%, antes bien, en muchos estados norteamericanos que contemplan la custodia física conjunta, la definición de la misma no excede de la exigua cantidad de un 35% del tiempo de los niños con el que no es titular de la ‘residencia primaria’ de los hijos.

A mayor abundamiento, el mencionado sitio web www.legal-definitions.com establece un ligera diferencia de matiz entre la definición de Custodia Conjunta (*Joint Custody*), que hemos presentado en un párrafo anterior en su similitud con nuestro concepto de Patria Potestad, y la de Custodia Compartida (*Shared Custody*) que caracteriza como aquella en que “...*el niño pasa al menos el 40 por ciento del tiempo con el progenitor con el que no vive. Este progenitor tendrá acceso, o tendrá al menor en su compañía, al menos esa cantidad de tiempo*”. Es un hecho, como señalaba M.Ramírez en el reciente trabajo antes citado, que con interpretaciones del concepto custodia compartida como las mencionadas, la tendencia actual en nuestro país a incrementar con contactos intersemanales los regímenes de visitas ordinarios del no custodio, bastaría para considerarlas en otros países como Custodias Compartidas.

Situación en otros países

Hasta aquí hemos venido citando, fundamentalmente, la situación en los Estados Unidos de América del Norte, por ser el país con más tradición en materia de evolución social y legal en la dirección de la promoción de la coparentalidad, concepto casi inseparable, y a menudo indistinguible, del de custodia compartida, aunque a menudo las definiciones asumidas en la práctica se hayan reducido a una distribución más o menos amplia de los tiempos de estancia de los hijos con el progenitor con el que no viven habitualmente. Pero este movimiento, nacido efectivamente en EEUU, se ha extendido a numerosas otras partes del mundo antes de llegar a plasmarse en el Proyecto de Ley que nos ocupa.

Hace exactamente cinco años, el 25 de octubre de 1999, la Dr^a Muriel Newman, responsable Neozelandesa de bienestar social, en su conferencia parlamentaria titulada “La Importancia de la Familia” afirmaba literalmente que *“La carencia de padre ha sido descrita como la más grande patología del siglo 21. Uno de cada cuatro niños de Nueva Zelanda vive en la actualidad en hogares sin padre. Muchos han perdido toda la conexión con su papá. Cientos de miles de madres está esforzándose para sacar adelante a los niños ellas solas, y cientos de miles de padres han sido marginados. Es ciertamente un desastre sociológico...”*

Países de todo el mundo están reconociendo en la actualidad que el derecho de familia basado en la custodia [exclusiva] promueve el conflicto y la alienación, mientras las leyes basadas en la coparentalidad mantienen a los progenitores en contacto con sus hijos”.

Esta significativa frase daría cuenta, por sí sola, de que con todas sus variaciones, el proceso de extensión de modelos de relación parento-filial basados en la coparentalidad parece haber alcanzado un punto de no retorno. A continuación haremos un repaso que, por razones obvias, no pretende ser completamente exhaustivo, pero que sí pretende ofrecer los antecedentes más significativos en la legislación de otros países en esta materia.

Regresando por un instante a los comienzos, repasaremos brevemente las situaciones más relevantes en esta materia la situación actual en algunos de los Estados Unidos partiendo, como ya se ha dicho, de que el principio de presunción a favor de la *Custodia Legal Conjunta* está presente en la práctica totalidad de los mismos. Un paso más allá de esa presunción, consistente en que aparece mención expresa en sus legislaciones de expresiones del tipo de que se considera necesario un “contacto frecuente” o “significativo” del menor con ambos progenitores, se encuentra en los correspondientes estatutos de estados como Arizona, Colorado, Delaware, el Distrito de Columbia, Florida, Louisiana, Minnesota, Montana, New Hampshire, Virginia y Virginia Occidental, donde se cita expresamente la necesidad de contacto significativo y que la responsabilidad conjunta de los progenitores es el *Mejor Interés del Niño*, o Wisconsin donde se explicita la responsabilidad legal conjunta y que el tribunal fijará un programa de residencia que permita períodos significativos de tiempo de residencia con cada progenitor.

La referencia literal al *Mejor Interés del Niño* aparece por lo general también en las legislaciones de otro grupo significativo de estados, más explícitamente tendentes a la que hemos descrito como *Custodia Física Conjunta*,

en algunos de ellos con la condición de que sea por acuerdo entre los progenitores, como en California, Connecticut, Idaho donde se dice que solo se denegará en el caso de que se considere ‘peligroso’ para el interés del menor; Kentucky, Michigan, Mississippi, Nevada, Nueva York, donde en caso de desacuerdo prima el interés del menor y, además, aquél que se opone es el que tiene la carga de la prueba, como ocurre también en el caso del estado de Washington o el de Oklahoma, donde se cita explícitamente la necesidad de períodos sustanciales de tiempo de convivencia.

En varios estados, como la propia Nevada, Missouri, Iowa o Kansas, se presume que la *Custodia Física Conjunta* coincide con el mejor interés del niño y, en caso de no concederse, se dice explícitamente que el tribunal deberá justificar las razones de esa decisión denegatoria. En otros la legislación va aún más allá, declarando que los tribunales otorgarán la custodia conjunta por defecto, como en Georgia, Indiana, Maine, Maryland, donde se habla de períodos iguales de tiempo; Oregón, en cuyo estatuto se insta a concederla ‘si es posible’ o Pennsylvania, con la misma recomendación salvo causa en contrario; en Carolina del Sur se considera el mejor interés del niño igualar sus tiempos de convivencia entre ambos progenitores. Y en los más radicales de éstos, como Nueva Jersey o Tennessee desde 1996, donde el Juez la puede imponer aún en contra de la voluntad de uno de los progenitores.

Además de las referencias a la custodia conjunta que acabamos de repasar se introducen, en las legislaciones de muchos de los estados que hemos mencionado, referencias explícitas a otra serie de criterios relevantes, del tipo que desde hace tiempo venimos considerando los técnicos especialistas en esta materia (Ramírez, 2004; *op.cit.*) en la toma de decisiones a la hora de formular recomendaciones de atribución de *Custodia Exclusiva*, como son la **No Diferencia en razón del Sexo del Progenitor** (Arkansas, Florida, Nevada o Mississippi) o el criterio del **Progenitor Más Generoso**, según el cual será un factor de gran relevancia a la hora de atribuir la custodia exclusiva la disposición de cada uno de los progenitores para facilitar el contacto de los hijos con el otro (Pennsylvania, Nevada o Montana, entre otros), en el caso concreto del estado de Florida, en cuya legislación se citan los dos principios que acabamos de mencionar, aparece además una referencia expresa (*Art 61.1.3.k*) a la consideración negativa, a la hora de atribuir la custodia, a los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica.

Fuera de los Estados Unidos de Norteamérica es frecuente encontrar, entre las referencias a legislaciones que incluyen el concepto de Custodia Conjunta, algunos países muy significativos, como por ejemplo Canadá, cuya “Divorce Act” de 1985, en su artículo 16(4), bajo el epígrafe de ‘Custodia Conjunta y Visitas’ establece entre otras cosas que “*El Tribunal puede ordenar...la atribución de la custodia, o visitas, de cualquiera o de todos los hijos del matrimonio a cualquiera o más de una persona*” y, más adelante, en el apartado 16(10), bajo el epígrafe genérico de ‘Máximo Contacto’, establece que “*...el tribunal aplicará el principio de que el hijo de un matrimonio debe tener tanto contacto con cada esposo como sea consistente con el mejor interés del niño y, para ese propósito, tendrá en cuenta la buena disposición de la persona a quién se otorga la custodia para facilitar tal contacto*”. En términos de definición del concepto de custodia compartida, las ‘Directrices para el Mantenimiento de

Niños' dictadas por el Gobierno Federal Canadiense en 1997 establecen que “...*Custodia Compartida...significa que los niños residen en dos domicilios y pasan un mínimo del 40% de su tiempo en la segunda residencia*” (Department of Justice Canada, 1997). En agosto de 2002 el Ministro de Justicia de Canadá, Hon. Martin Cauchon, anunció la intención de introducir cambios en la *Divorce Act* en la dirección de abandonar los conceptos de custodia y visitas, pero inmediatamente recibió las críticas de la NAWL (Asociación Nacional de Mujeres Juristas), urgiéndole a actuar con “la máxima cautela” en esa dirección, con afirmaciones como que “*Abandonar el lenguaje de custodia y visitas, a favor de expresiones como ‘parentalidad compartida’ [coparentalidad] o ‘responsabilidad parental’ tendrá también consecuencias negativas...*” A fecha de hoy no nos consta que se hayan producido tales cambios en la legislación canadiense.

Otro de los países más frecuentemente citados como referencia de legislación favorable a la *Custodia Compartida* es Suecia, cuyo ‘Código de los hijos y progenitores’ (1998; versión en inglés: *The Children and Parents Code*) establece, en la sección 2ª del capítulo 6, que “*El mejor interés del niño debe ser la consideración primaria en la determinación de las cuestiones relativas a custodia, residencia y visitas... En la evaluación de lo que es el mejor interés del niño se debe prestar particular atención a su necesidad de contacto próximo y adecuado con ambos progenitores...*” Continuando en la sección 5ª del mismo capítulo con la mención, basada de nuevo en el mejor interés del niño, de que “*...el tribunal podrá..ordenar que los progenitores tengan la custodia conjunta u otorgársela a uno de ellos*”. Aunque el tribunal “*...NO podrá ordenar la custodia conjunta si AMBOS padres se oponen a ella...*” o “*...si la custodia conjunta es manifiestamente incompatible con el mejor interés del niño*” (el subrayado es nuestro). Las leyes Suecas, manifiestamente partidarias de la solución extrajudicial pactada entre las partes, establecen múltiples mecanismos de aceptación del acuerdo alcanzado previamente por los progenitores, incluyendo referencias expresas en la legislación sustantiva de familia al derecho de los progenitores a “*...recibir asistencia [profesional e institucionalizada] para conseguir acuerdos en materia de custodia, residencia y visitas*” (sección 17ª), cuyo acuerdo, una vez alcanzado, adquiere fuerza legal por medio de su mera presentación en las oficinas del Servicio de Bienestar Social o, en determinados casos, hasta en las oficinas del servicio de impuestos. El código sueco establece, incluso para el caso de desacuerdo que, “*...si ambos padres tienen la custodia de un hijo, el tribunal puede, a instancia de parte, decidir con cual de los progenitores (incluyendo ambos alternativamente) debe vivir el niño...*” (sección 14!); el mejor interés del niño debe nuevamente ser la consideración definitiva que subyacer a tales decisiones, al igual que debe inspirar el reconocido “*...derecho del niño a tener contacto estrecho con el progenitor con el que no convive*” y la “*...responsabilidad conjunta de ambos progenitores de asegurar el cumplimiento de ese derecho...*” (sección 15ª).

Quizás el caso más notorio, por ser el más reciente, el que nos es cultural e históricamente más próximo y, por qué no, el más ambicioso, es el de la nueva regulación francesa en materia de “Responsabilidad Parental”, defendida por la Ministra de Familia del gobierno de Lionel Jospin, Srª Ségolène Royal, quién la presentó a la Asamblea Nacional de Francia en febrero de 2001. Tras los oportunos debates parlamentarios, la nueva ley fue aprobada y entró en vigor en

Marzo de 2002. No entraremos en este trabajo en analizar la prolijidad de los argumentos de la exposición de motivos de este texto legal, limitándonos a señalar las cuestiones más relevantes del Texto Definitivo de esta ley de “*Autoridad [responsabilidad] Parental*”; empezando por el propio hecho de que, desde su denominación, minimiza las referencias de género, haciendo preferentemente referencia a los ‘progenitores’, y hace desaparecer completamente cualquier referencia a conceptos como custodia o visitas. Según la nueva redacción, el primer párrafo del artículo 371-4 del código civil francés afirma que “*El menor tiene el derecho de mantener relaciones personales con sus ascendientes. Solo motivos graves pueden obstaculizar este derecho*” y el segundo párrafo dice “*Si tal es el interés del menor, el juez de familia fijará las modalidades de la relación entre el menor y un tercero, progenitor o no*”. En el artículo 372 puede leerse “*El padre y la madre ejercen en común la autoridad parental*”. También hace explícita referencia este articulado al mejor interés del niño, cuando en el artículo 373-2-6 afirma que el Juez de Familia resuelve “*...las cuestiones que se le someten velando especialmente por la salvaguardia de los intereses de los niños menores..El juez puede tomar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los lazos del niño con cada uno de sus progenitores*”.

Como en el caso de Suecia, y tantos otros, la ley francesa prima el acuerdo entre partes al afirmar que los progenitores pueden instar al Juez de familia para que “*...homologue el pacto por el que organizan las modalidades del ejercicio de la autoridad parental*”, cosa que el juez hará salvo que constante que el acuerdo “*...no reserva suficientemente el interés del menor o que el consentimiento de los progenitores no se ha dado libremente*” (Art. 373-2-8); y, más allá, recoge que “*En caso de desacuerdo, el juez se esforzará en conciliar a las partes*” pudiendo, en el esfuerzo por encontrar un modo consensuado de ejercer la autoridad parental, “*...proponer una medida de mediación y, [previo acuerdo] ...designar un mediador familiar para llevarla a cabo*” (Art. 373-2-10), pudiendo incluso ordenar a las partes que acudan a un mediador para que les informe sobre el objeto y desarrollo de tal medida.

Pero quizás lo más llamativo de la ley francesa es que, tanto en el supuesto de acuerdo como en el de desacuerdo, el Juez puede “*...fijar la residencia del menor en alternancia entre los domicilios de cada uno de los progenitores o en el de uno de ellos... A petición de uno de los progenitores, o en caso de desacuerdo entre ellos sobre el modo de fijar la residencia del menor, el juez puede ordenar a título provisional una residencia alternante cuya duración fijará. Al término de la misma, el juez establecerá definitivamente la residencia del menor, en alternancia entre los domicilios de cada uno de los progenitores o en el domicilio de uno de ellos*” (Art. 373-2-9). Finalmente el articulado, introduciendo también de una manera indirecta el principio del ‘Progenitor Más Generoso’, establece que el juez, cuando tenga que pronunciarse sobre las modalidades del ejercicio de la autoridad parental, tendrá especialmente en consideración (Art. 373-2-10) entre otros elementos, los siguientes:

1. “*La práctica que los progenitores hayan desarrollado con anterioridad, o los acuerdos hubieran podido alcanzar anteriormente;*
2. “*Los sentimientos expresados por el menor, en las condiciones previstas por la ley;*
3. “*La aptitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, y respetar los derechos del otro...*”

Claroscuros: Opiniones discrepantes sobre sus efectos

Tras este repaso a lo que podríamos llamar el marco legal que sustenta el concepto de custodia compartida en diversos países de nuestro entorno, corresponde ahora presentar las valoraciones que, en estos años, han venido formulando los especialistas respecto de los efectos de su aplicación; las cuales, a pesar de la encendida defensa de la neozelandesa Dr^a Newman, que recogíamos al principio del apartado anterior, están lejos de ser unánimes al respecto. Intentaremos evitar las interpretaciones sesgadas, en una u otra dirección, que despliegan organizaciones “militantes”, tras las cuales a menudo parecen subyacer, bajo la capa nominal del “Mejor Interés del Niño” o de la lucha contra la discriminación por razones de género, intereses mucho más pragmáticos; y nos limitaremos a presentar algunos resultados de estudios o consideraciones de trabajos aparentemente rigurosos, sobre determinados aspectos psicológicos de los hijos de familias separadas.

Una de las investigadoras más reconocidas, y frecuentemente citada en relación con los efectos psicológicos de la separación y el divorcio, tanto en hijos como en padres, es Joan B. Kelly, quién en un trabajo relativamente reciente de revisión de una década de investigación al respecto (*Kelly, 2000*) venía a concluir de manera general que la custodia conjunta da lugar a mejores resultados en el desarrollo del niño. Más concretamente señala, citando a varios autores de los revisados en su trabajo, respecto del grado de satisfacción de los niños que “...expresan niveles más altos de satisfacción con la custodia conjunta que en situaciones de custodia exclusiva, citando el beneficio de permanecer en contacto próximo con ambos padres. La custodia conjunta no crea confusión en la mayoría de los jóvenes...ni incrementa los conflictos de lealtades”; además, en referencia la adaptación de los niños dice que, en general, los adolescentes en doble-residencia aparecieron mejor adaptados que aquellos que estaban en custodia materna exclusiva”. En cuanto a la satisfacción parental la autora señala que los progenitores que comparten la custodia expresan más satisfacción que las madres que ostentan custodia exclusiva; mientras que en relación al conflicto interparental sus datos apuntan en la dirección de los progenitores con custodia conjunta (tanto *legal* como *física*) presentaban una comunicación cooperativa mayor, aunque no diferían en el nivel de discordia con los de custodia exclusiva, es decir, la custodia compartida no parece disminuir ni incrementar el conflicto, pero sí permitir mayores niveles de comunicación.

Sorprendentemente un trabajo anterior de la misma Joan Kelly (1993) es citado por Wilson (2001), en su demoledora revisión “*La verdad sobre la custodia compartida*” que citábamos en un apartado previo, subrayando algunas de sus conclusiones como que “...parece que, más que la discordia en si misma, es el modo en que se expresa el conflicto parental el que puede afectar al ajuste de los hijos... Acuerdos de residencia dual parecen ser más perjudiciales que la custodia exclusiva cuando los padres presentan alto nivel de discordia. En contraste, adolescentes en situación de doble residencia donde había comunicación cooperativa entre los padres, se beneficiaron de ella más que los que vivían en situación de custodia exclusiva”. Wilson cita también, en su crítica,

un texto clásico de Judith Wallerstein (1989, pág. 304), habitual colaboradora de Kelly, para oponerse a la imposición de la custodia compartida: *“La custodia compartida puede ser adecuada en familias en las que los dos progenitores la han elegido voluntariamente y es adecuada para el niño. Pero...tristemente, cuando la custodia conjunta es impuesta por el tribunal a familias que pelean por la custodia de los niños, las principales consecuencias del combate recaen sobre los miembros más débiles de la familia, los desdichados e indefensos niños. Éstos pueden sufrir serios daños psicológicos cuando eso ocurre”*

Es cierto que J.Wallerstein no se ha mostrado como una defensora de la custodia compartida en cualquier situación, así lo refleja su afirmación *“No existe evidencia de que [la custodia compartida] sea una ‘talla única’ que valga para todos, ni siquiera para la mayoría”*, o su consideración de que la custodia conjunta puede no ser adecuada para niños muy pequeños (Wallerstein, 1986). Pero también lo es que las dos autoras juntas (Wallerstein y Kelly, 1991) plantearon que *“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 para la madre y visitas durante dos fines de semana al mes para el padre). Los conocimientos teóricos...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...”*

Esta reflexión de Kelly y Wallerstein debería ponernos en alerta respecto de aquellas voces que, de manera incuestionada, se alzan para criticar cualquier movimiento a favor de modelos de corresponsabilidad parental; pero, por el mismo motivo, debemos estarlo ante posiciones acríticamente favorables a la custodia compartida. Es, por ejemplo, cierto que el informe de 1995 de la División 16 [Psicología Escolar] de la American Psychological Association (APA) ante la Comisión EEUU de Bienestar Infantil y Familiar afirmaba, en resumen, que *“La investigación revisada permite concluir que la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños”*, concluyendo con la *“Necesidad de mejorar las políticas para reducir el vigente enfoque contencioso... Se recomienda incrementar la mediación, la custodia conjunta y los programas de educación parental”*. Pero también parece ser cierto, como sugiere un reciente trabajo de Turkat (2002), que puede estar emergiendo una disfunción relativamente específica de algunos casos de custodia conjunta que se está convirtiendo en *“...la forma [de custodia] más frecuentemente acordada por los tribunales en los casos de divorcio...los jueces requieren a los padres para que se involucren en la parentalidad compartida, donde son necesarias la toma conjunta de decisiones y la cooperación... Muchos padres despliegan comportamientos que son incompatibles con la coparentalidad”*

Para concluir este repaso de puntos de vista hemos de citar, siquiera brevemente, uno de los trabajos probablemente más exhaustivos sobre la adaptación de los hijos de familias separadas o divorciadas a las diferentes situaciones de custodia (Bauserman, 2002); se trata de una revisión meta-analítica

de más de treinta investigaciones que comparan el ajuste infantil bajo diferentes condiciones de custodia exclusiva o conjunta, de acuerdo con los parámetros norteamericanos de definición que hemos descrito a lo largo de este trabajo. Los principales resultados de esta investigación pueden resumirse de la siguiente manera, los niños en situación de custodia compartida aparecen mejor adaptados, a lo largo de múltiples tipos de medida, que los niños en custodia exclusiva (fundamentalmente materna). Esta diferencia se encontró tanto en custodia legal conjunta como en custodia física conjunta, y es robusta y significativa... Este hallazgo es consistente con la hipótesis de que la custodia compartida puede ser beneficiosa para los niños en un amplio rango de áreas: familiar, emocional, comportamental y académico. Los hallazgos [*específicos*] de la muestra de 'custodia legal conjunta' indican que los niños no necesitan realmente estar en 'custodia física conjunta' para mostrar mejor ajuste, pero es importante significar que los niños de custodia legal conjunta pasaban también una cantidad significativa de tiempo con su padre también.

En cuanto a los niveles de conflicto interparental, aunque la mayor parte de investigaciones analizadas no controlaban este aspecto de una manera adecuada, en aquellos que lo contemplaban parecía haber menor conflicto, entre las familias de custodia conjunta, en el momento de la separación o divorcio. Este hecho es consistente con el argumento de que las parejas que alcanzan la custodia conjunta se 'auto-seleccionan' a partir de niveles más bajos de conflicto, y que el mejor ajuste de sus hijos puede reflejar esa falta de conflicto; en cualquier caso, ciertas investigaciones que si han controlado los niveles preexistentes de conflicto continúan mostrando cierta ventaja en el ajuste de los niños en situación de custodia compartida.

Finalmente, de acuerdo con la hipótesis de partida, los niños en situación de custodia compartida no difieren de aquellos que residen en hogares intactos en sus niveles de ajuste; este hallazgo es consistente con el argumento formulado por algunos investigadores en el sentido de que la custodia conjunta es beneficiosa porque ofrece a los niños un contacto permanente con ambos progenitores. No obstante, como se mencionaba en el párrafo anterior, puede también ocurrir que haya auto-selección de las parejas con mejores relaciones previas al divorcio, o durante el mismo, a favor de la custodia conjunta, de modo que la calidad de la relación parental y la situación de custodia puedan confundirse; los bajos niveles de conflicto en las familias de custodia conjunta, respecto de las de custodia exclusiva, sería consistente con esta hipótesis.

En resumen, Bauserman afirma que las resoluciones de custodia conjunta, tanto legal como física, no se muestran en términos generales perjudiciales para ningún aspecto del bienestar de los niños; los resultados de la investigación disponible, concluye, son consistentes con la hipótesis de que la custodia conjunta puede ser beneficiosa para los niños, no encontrándose ningún punto de clara desventaja respecto de la custodia exclusiva.

En conclusión

A lo largo de este trabajo hemos descrito como el concepto de Custodia Conjunta o Custodia Compartida, que aparece por primera vez explícitamente recogido en España en el "Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio" aprobado en el Consejo de

Ministros del pasado día 17 de septiembre, tiene sin embargo una trayectoria relativamente larga en el contexto del derecho de familia internacional. Desde sus primeras formulaciones en los primeros años setenta, hasta su introducción, con diferentes acepciones, en la práctica totalidad de las legislaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. También aparece recogida de modo expreso en las legislaciones más avanzadas del continente europeo, y el movimiento a favor de su generalización parece haber alcanzado un punto de no retorno.

No obstante también hemos señalado como no todas las opiniones al respecto son favorables, aunque muchas de las que si la defienden lo hacen de manera encendida y beligerante, al menos tanto como algunos de sus críticos. Hemos intentado alejarnos, en este trabajo, de las posiciones más militantes y, probablemente por ese mismo motivo, menos rigurosas que, por otra parte, son muy fáciles de encontrar en todos los medios de comunicación, y particularmente en el espacio virtual de internet. Intentando limitarnos, de una parte, al plano descriptivo de las diferentes opciones y, de otra, al análisis y discusión de los trabajos de investigación mejor fundamentados que hemos podido encontrar. Sin duda faltarán muchos argumentos y opiniones, pero las obvias limitaciones de espacio no permiten mucho más.

En cualquier caso parece relevante insistir en los argumentos del trabajo de meta-análisis de Bauserman (2002) que hemos citado, en el sentido de que los resultados de la investigación parecen ser favorables a aquellos que abogan por la custodia compartida. En efecto, no parecen haberse encontrado argumentos que sustenten, en ningún sentido, la idea de que pueda ser perjudicial para los niños sino, en todo caso, beneficiosa; por lo que debería sugerirse que nadie intente desalentar a aquellos progenitores que la prefieran. De todas formas es importante reconocer que los resultados de la investigación NO permiten afirmar que la Custodia Compartida sea preferible, o incluso igual que la Custodia Exclusiva, en TODAS las circunstancias. Por ejemplo, cuando un progenitor sea claramente abusivo o negligente, o tiene severos problemas de ajuste o de salud mental, una resolución de custodia exclusiva será seguramente la mejor.

También hemos visto como ciertos investigadores sugieren que en situaciones de elevado conflicto interparental, la custodia conjunta puede ser perjudicial a causa de la continua exposición del niño al intenso enfrentamiento; pero otros consideran que este argumento puede ser solo aplicable a situaciones de enfrentamiento extremo, mientras que en otros casos menos severos la custodia conjunta puede ayudar a reducir los niveles de conflicto a lo largo del tiempo, minimizando así el riesgo de exposición que pueda suponer.

Ante tan compleja y laberíntica variedad que, como hemos visto, afecta tanto a las múltiples acepciones del común nombre de '*Custodia Compartida*', como a las diversas situaciones de su implementación en los diferentes contextos socio-legales y, también, a las valoraciones y resultados de las investigaciones respecto a sus efectos en el ajuste psicológico de los padres e hijos implicados; comienza a emerger una idea de los contenidos que deberían integrar un concepto común de Custodia Conjunta, a saber, una interpretación amplia del concepto coparentalidad, una distribución equilibrada de las responsabilidades y de los tiempos de convivencia de los hijos con cada uno de sus padres, a ser posible consensuada entre ellos y, de modo muy significativo, que el binomio conceptual custodia-visitas pierda su connotación, a veces casi sinónima, de vencedor-vencido en la batalla judicial.

El futuro que se avecina, ante la muy probable aprobación de este Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Separación y Divorcio, promete ser ‘emocionante’ para todos aquellos que nos dedicamos profesionalmente a intentar satisfacer ese “Mejor Interés del Niño” que inspira la legislación; no solo por el hecho de que nos obligará a interpretar de otro modo la realidad en cuanto a las decisiones relativas a la Custodia, sino porque el proceso para llegar a ellas también se verá significativamente afectado por la explícita referencia a los beneficios del acuerdo y a que el recurso a la Autoridad Judicial deberá reservarse para los casos en que este haya sido imposible, y la mención a procedimientos alternativos, como la Mediación. Pero, como última valoración respecto a la introducción de la figura de la Custodia Compartida, permítasenos considerar que muy probablemente ayude a cambiar a medio, y quizás a corto plazo, muchas ideas obsoletas respecto del papel de los hijos, de sus progenitores y de las relaciones entre ellos. Solo falta desear que la puesta en práctica se haga con criterios racionales, trabajando para fomentar la coparentalidad, la responsabilidad y el mutuo acuerdo.

American Psychological Association. Division 16. *Report to the U.S. Commission on Child and Family Welfare*, June 14, 1995.

Bauserman, R. (2002), "Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta Analytic Review". *Journal of Family Psychology*, Vol. 16(1), 91-102.

Department of Justice Canada (1985), "*Divorce Act (R.S. 1985, c. 3 (2nd Supp.))*", Ottawa: Department of Justice Canada.

Department of Justice Canada (1997), "*Formula for the table of amounts contained in the Federal Child Support Guidelines: A technical report*", Ottawa: Department of Justice Canada.

Folberg, J.(Ed), (1984), "Joint Custody and Shared Parenting", *The Bureau of National Affairs & Association of Family Conciliation Courts*; Washington D.C.

Justicia, M.D. y Cantón, J. (2000), "Tipos de Custodia, interferencias e intervención", en J.Cantón, R.Cortés y M.D.Justicia, *Conflictos Matrimoniales, Divorcio y Desarrollo de los hijos*, Madrid, Pirámide, págs. 301-327.

Kelly, J.B. (2000), "Children´s adjustment in conflicted marriage and divorce: A decade review of research". *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 39, 963-973.

Kelly, J.B. y Wallerstein, J. (1991), "Examining Resistance to Joint Custody", en Folberg, J. (Ed) *Joint Custody and Shared Parenting – 2nd Ed.* Guilford Press.

"*Loi relative à l'autorité parentale*". Assemblée Nationale; 11^{ème} Législature. S.O. 2001-2002; Texte Adopté n° 806.

Ramírez, M. (2004), "Otro Divorcio es Posible: Aportaciones del Psicólogo a la normalización de los procesos de familia", *Actas del Iº Congreso de Psicología Forense en Red*, Madrid, Colegio Oficial de Psicólogos.

Sweden, Ministry of Justice; "*Act on The Children and Parents Code*" [SFS 1998:319] (1998), Ministry of Justice, Stockholm, Sweden.

Turkat, I.D. (2002), "Shared Parenting Dysfunction", *American Journal of Family Therapy*; Vol 30(5): 385-393.

Wallerstein, J. y Blakeslee, S. (1989). "*Second Chances: Men, women and children a decade after divorce*". New York: Tichnor y Fields.

Wallerstein, J. y McKinnon, R. (1986), "Joint Custody and the Preschool Child", *Behavioral Sciences and the Law*, Vol.4, pp 169-183.

Wilson, T. (2001), "THE TRUTH About Joint Custody", disponible en Internet en <http://members.aol.com/asherah/jointcustody.html>