



CUSTODIA COMPARTIDA coloquio

gabriela castellanos
carlos gaviria
Jhon eisenhower ramírez
olga lucía restrepo
omar fernando salazar

2

UNIVERSIDAD
ICESI



colección observar el derecho

CUSTODIA COMPARTIDA

COLOQUIO

gabriela castellanos

carlos gaviria

jhon eisenhower ramírez

olga lucía restrepo

omar fernando salazar

Esta es una publicación de

CIES | CENTRO
INTERDISCIPLINARIO
DE ESTUDIOS
SOCIALES

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Icesi
Cali, Colombia

Custodia compartida. Coloquio / Gabriela Castellanos ... (et al.). 1 ed. -Cali: CIES – Centro interdisciplinario de Estudios Sociales, Universidad Icesi, 2006.
230 p.; 22.5 cm.
ISBN: 958-9279-87-2

1. Custodia compartida 2. Derechos del menor 3. Custodia y derecho comparado. I. Tit. 346.015 dc. 21

Custodia compartida, colección «Observar el derecho».

Universidad Icesi
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
CIES. Centro Interdisciplinario de Estudios Sociales

Rafael Silva Vega
Coordinador editorial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Diseño: Pablo Sánchez
Impreso en Cali – Colombia
Tel. 555 23 34 Ext. 404
Fax: 555 17 06
E-mail: comiteditorialfcds@icesi.edu.co
Cali, Colombia (S.A.)

Primera edición, junio de 2006
ISBN: 958-9279-87-2

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre y cuando se cite el título, el autor y la fuente: <colección Observar el derecho>, CIES, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi.

ÍNDICE

Prefacio	1
La custodia materna, la historia de la maternidad y el modelo de la maternidad intensiva, <i>Gabriela Castellanos</i>	5
La custodia compartida a la luz de la Constitución de 1991, <i>Carlos Gaviria</i>	29
El cuidado personal de la custodia compartida, <i>Jhon Eisenhower Ramírez</i>	41
Análisis conceptual y comparativo de la custodia compartida, <i>Olga Lucía Restrepo</i>	55
Aspectos psico-sociales de la custodia compartida, <i>Omar Fernando Salazar</i>	71
Anexo «Informe Reencuentro. Sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial». Elaborado por la Asociación de padres de familia separados (Apfs). Federación Andaluza de padres y madres separados (FASE)	95

PREFACIO

En febrero de 2004 la profesora de Derecho de Familia Olga Lucía Restrepo y el Departamento de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi organizaron un *Coloquio sobre custodia compartida*. Este coloquio se efectuó por tres razones básicas. En primer lugar, el problema de la custodia es, en sí mismo, un asunto delicado, complejo, y en ocasiones traumático. Al decretar el régimen de custodia en una familia, los jueces están forjando un balance afectivo, económico y relacional, cuyas consecuencias y variables son difíciles de prever *a priori*. De hecho, la complejidad de estas decisiones ha llevado a Jon Elster a incursionar en el derecho, para analizar el tema de la custodia como parte de un esfuerzo por comprender los límites de la racionalidad en la toma de decisiones. En su estudio, Elster destaca la indeterminación del criterio de los intereses del niño y la incertidumbre sobre las consecuencias remotas de la decisión presente en los fallos judiciales sobre custodia.¹ Estamos, pues, ante un tema trascendental para cualquier familia, que implica, a la vez, decisiones complejas.

¹ Jon Elster, *Juicios salomónicos: Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Trad. Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 108-147.

En segundo lugar, la custodia compartida expone el conflicto entre la costumbre y la ley como una tensión bastante acentuada en el contexto colombiano. A pesar de que ninguna norma establece que la custodia debe estar a cargo de la madre, todavía es usual entre los operadores jurídicos asignársela a ella. Las razones son múltiples, pero sin duda se fundan en cuestiones de tipo cultural, y no solamente jurídicas. En tercer lugar, la complejidad del asunto impone una mirada interdisciplinaria del mismo. Por este motivo, las ponencias presentadas revisan el tema objeto de estudio desde distintos enfoques de análisis. Este libro recoge las ponencias presentadas en el Coloquio por la abogada Olga Lucía Restrepo, la especialista en cuestiones de género Gabriela Castellanos, el juez Jhon Eisenhower Ramírez, el psiquiatra infantil Omar Fernando Salazar, y el senador Carlos Gaviria Díaz. Y guardan el formato de ponencias presentadas oralmente ante un público. Al evento fueron invitados, entre otros, los jueces de familia de la ciudad, llamándoles a ellos, y a la comunidad jurídica en general, a plantearse la relevancia de la custodia compartida.

Gabriela Castellanos, profesora de la Universidad del Valle, presenta la primera ponencia. La autora introduce el argumento de que las ideas involucradas en la custodia compartida son históricamente determinadas por las concepciones acerca de la mujer y la maternidad. La exposición continúa con el modelo de maternidad intensiva que prevalece actualmente. Desde esta perspectiva, las mujeres son cargadas con una exigencia de crianza enfocada en los niños, lo que ha configurado la concepción y la práctica de la custodia como tarea propia de la mujer. Finalmente, la autora analiza las consecuencias sociales nocivas de ese modelo de maternidad intensiva, que contrastan con su funcionalidad para el sistema de producción capitalista.

La segunda ponencia es de Carlos Gaviria, senador y exmagistrado de la Corte Constitucional. Este trabajo se inicia des-

tacando la formación de la Constitución de 1991, un proyecto pluralista y autonomista determinado a buscar la paz. El ponente integra el problema de la custodia compartida con la Constitución, mostrando que, al asumir las ideas constitucionales sobre la igualdad, la autonomía, el multiculturalismo, las mujeres, y la familia, la custodia compartida no sólo se encuentra libre de obstáculos jurídicos sino que se desprende del texto constitucional mismo.

El juez Jhon Eisenhower Ramírez fue el autor de la tercera ponencia. Su estudio se inicia con el contexto jurídico de la custodia en Colombia. El ponente luego señala la situación de indefensión de los menores, y se vale de una definición legal de la familia para indicar las personas encargadas de su cuidado. El expositor después muestra que el sistema jurídico no prohíbe esta forma de custodia. La ponencia destaca la conciliación como un mecanismo ideal para hacer efectiva la custodia compartida, con la participación de litigantes, conciliadores y partes. La exposición termina con los miedos fundados que siente la judicatura de imponer esta forma de custodia, ante la ausencia de ley que lo indique y ante la posibilidad de una acción de tutela o una mala calificación.

La cuarta ponencia es de Olga Lucía Restrepo. La expositora primero ubica el problema de la custodia compartida en el contexto de las transformaciones que ha experimentado la familia a través de la historia. Luego extrae los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales que deben orientar el estudio de la custodia compartida, y plantea, con base en su experiencia en dos casos, el problema que implica esta forma de custodia en Colombia. La ponente pasa al derecho comparado, enfocándose en una reciente ley francesa sobre el tema y en las legislaciones de algunos estados de Estados Unidos. La ponencia termina reseñando ocho estudios psicológicos sobre la custodia compartida, y destacando el comentario de una psicóloga de un colegio de Cali.

La quinta ponencia es del médico psiquiatra Omar Fernando Salazar. Empieza con una teoría psiquiátrica sobre la familia, deteniéndose primero en Freud, y luego en una teoría más reciente, la teoría del apego. La ponencia luego pasa a los efectos de la separación en la familia, destacando que el impacto depende más del manejo de la separación que de la separación misma. El autor señala la reacción de los hijos, y los roles, muchos de ellos perniciosos, que asumen madres, padres e hijos. El ponente termina hablando del rol del psiquiatra, tanto forense como clínico, en la separación, y se detiene en el dictamen que debe rendir un psicólogo forense. La ponencia cierra señalando una incipiente tendencia a exigir de los padres detallados planes de crianza que van más allá de la custodia compartida.

Además de las ponencias señaladas este libro contiene, a manera de anexo y complemento del coloquio, las tres últimas secciones del *Informe Reencuentro. Sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial*, elaborado por la Asociación de padres de familia separados (APFS) y la Federación andaluza de padres y madres separados (FASE), de España. Un documento en el cual se exponen una serie de iniciativas parlamentarias, textos de legislaciones de distintos países que prevén la custodia compartida, y los resúmenes de una serie de estudios internacionales sobre situaciones de custodia exclusiva y custodia compartida.

Finalmente, queremos agradecer a quienes contribuyeron con la labor editorial de este libro: al estudiante Félix Gómez Bahamón y a los profesores Federico Escobar y Harold Kremer.

*Departamento de
Estudios Jurídicos*

La custodia materna, la historia de la maternidad y el modelo de la maternidad intensiva

gabriela castellanos*

Desde lugares comunes como «Madre sólo hay una» hasta la idea de que las madres son capaces de sentir a distancia los peligros que acechan a sus hijos e hijas, son muchos los clichés que refuerzan la idea de que ellas son siempre las personas más aptas para educar y criar a su descendencia, y que lo son por naturaleza. Tan generalizada está esta concepción de la madre, que aún hoy,

* Ph.D. en Análisis del Discurso, University of Florida, Gainesville, 1990. M.A. en Teología, University of Notre Dame, Indiana, 1969. B.A. en Filosofía y Francés, Marygrove College, Detroit, 1966. Docente de la Universidad del Valle. Directora, Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad, Universidad del Valle. Autora de varias publicaciones, de las cuales se citan algunas de las más recientes: la novela *Las guerras de Alejandra* (Cali: Universidad del Valle, 2005); el libro de poemas *El alma de la piedra* (Bogotá: Trilce Editores, 2002); y el libro de ensayos *Textos y prácticas de género*, Compiladora, Cali: Univalle / La Manzana de la Discordia, 2004.

cuando la familia ha sufrido tantas variaciones, es difícil aceptar que haya cambios en la tendencia a otorgar custodia exclusiva a la madre. Las ideas culturales en este ámbito tienen una enorme fuerza, pues se supone que tanto la crianza óptima como la maternidad son realidades inalterables, que se basan en la «naturaleza humana», y que ésta es eterna, invariable.

En realidad, las formas de crianza más deseables, así como la maternidad y la paternidad, son ideas históricamente determinadas. En esta ponencia, examinaré algunos puntos de la historia de estas ideas en el marco de las concepciones acerca de la mujer, pero con especial énfasis en la evolución de las ideas sobre la maternidad. Finalmente, describiré un modelo contemporáneo de maternidad y crianza que ha sido identificado en Estados Unidos, pero cuya presencia en nuestro medio es fácil de reconocer. Se trata de un modelo ampliamente difundido en el mundo occidental moderno y con obvias consecuencias entre ellas: la tendencia actual a preferir la custodia exclusiva en manos de la madre. Voy a argüir que este modelo de maternidad no sólo no es imprescindible para criar niñas y niños sanos y felices, sino que es, en últimas, nocivo para las mujeres.

Antes de referirme al dilema entre la custodia exclusiva o compartida, es útil hacer un breve recuento histórico de la situación legal de la mujer en Colombia, y reflexionar sobre sus consecuencias para la manera cómo los colombianos y colombianas han vivido en familia a lo largo de la historia. Me parece importante hacerlo, porque este ejercicio nos permitirá apreciar hasta qué punto en los últimos tiempos han cambiado radicalmente la situación de la mujer, de la madre y de la familia.

En primer lugar, sabemos que el Código Civil de 1886, vigente hasta 1932, trataba a la mujer como menor de edad, como «inimputable». La mujer seguía siendo menor de edad aún después de adulta, pues no podía actuar legalmente por sí misma, ni

comprar ni vender sus bienes, ni viajar sin permiso del marido. El marido era su representante legal, además de ser el jefe de la sociedad conyugal. El matrimonio era indisoluble y el padre tenía la potestad marital (es decir, él mandaba, ella obedecía), a la vez que la patria potestad, o sea la representación legal y la custodia de los hijos e hijas. Además, sólo el padre decidía sobre la educación de los hijos. En cuanto a la infidelidad, cualquier relación extramarital de la esposa la convertía en adúltera, mientras que el hombre sólo era adúltero si tenía una amante o concubina permanente, pero no lo era por relaciones extramaritales de tipo ocasional. En caso de divorcio, que en realidad no era más que una separación, la mujer perdía legalmente el derecho a los hijos, y se le confiscaban todos sus bienes. El marido tenía el derecho a decidir dónde ella viviría, o sea a ubicarla con una familia «respetable» y de su confianza.

La ley 28 de 1932 cambió algunas de estas condiciones, pero mantuvo otras intactas; es decir, la mujer casada accedió a la plena capacidad civil, pudiendo representarse a sí misma, comprar y vender sus bienes, pero en lo personal ella seguía sometida a su marido. Al aceptarse que la mujer puede participar en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, el marido deja de ser el jefe único de la sociedad conyugal en materia económica. Sin embargo, él sigue siendo el jefe del hogar, ejerciendo la potestad marital y la patria potestad, y tomando todas las decisiones sobre la educación de los hijos. Tampoco cambia la definición legal de adulterio de manera distinta para los dos sexos.

A partir de la obtención del sufragio femenino, y a medida que las mujeres se educan y se incorporan al mercado laboral, esta situación empieza a ser insostenible. En respuesta a estos profundos cambios sociales, el decreto presidencial 2820 de 1974 cambia radicalmente la situación, pues la patria potestad empieza a ser compartida por padre y madre. A partir de entonces, las decisio-

nes familiares sobre formación de los hijos, domicilio, etc., serán tomadas por padre y madre de común acuerdo. Se suprime el sometimiento de la mujer al marido y la definición de infidelidad se iguala para hombres y mujeres. En 1976 se permite el divorcio para matrimonios civiles.

Sin embargo, existían otras normas no directamente relacionadas con la familia, pero que la afectaban en la medida en que profundizaban la desigualdad en las relaciones entre los cónyuges. Las mujeres, desde fines del siglo XIX y hasta 1936, no tenían realmente derecho a la vida, ya que según el Código Penal de 1890 tanto el marido como el padre tenían derecho a asesinarla impunemente si la sorprendían «en el acto carnal o en actos preparatorios para él». Además, el marido, si decidía no matarla, podía decidir cuánto tiempo ella podía ser encarcelada, siendo de cuatro años el período máximo de privación de libertad al cual él podía condenarla. La abolición de estas leyes en 1936 no fue completa, pues persistía la defensa del asesinato de una mujer por haberlo realizado el marido estando presa de «ira e intenso dolor».

En virtud de la misma «lógica», quien cometiera el delito de violación carnal podía ser exonerado de castigo penal si contraía matrimonio con la mujer violada. Debido al estigma social que recaía no sólo sobre la mujer violada, sino también sobre «el honor» de su familia, muchos padres obligaban a que se produjera el matrimonio, con lo cual la mujer era forzada no sólo a convivir con su violador, sino además a obedecerlo y servirlo. Sólo en 1980, hace poco más de veinte años, fueron derogadas ambas normas, tanto la que permitía la justificación legal de asesinato de la esposa adúltera, como la exoneración del violador que se casara con su víctima.

Finalmente, en la Constitución de 1991 se permite el divorcio civil para los matrimonios católicos, se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres y se prohíbe la discriminación por razones de sexo. En virtud de la ley 823 del 10 de julio de 2003, se garantiza «la

equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos público y privado». En mi opinión, como lega en materia legal, esta ley debe de ser una de las leyes más revolucionarias en todas las naciones del mundo. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha tratado de impulsar el *Equal Rights Amendment*, una enmienda a la Constitución de derechos iguales para hombres y mujeres, y aún hoy no se ha logrado.

A pesar de estos logros en Colombia, no podemos pensar que en la práctica las mujeres hayamos alcanzado la plena igualdad que las leyes proclaman. Aún persisten muchas formas de discriminación contra la mujer, tanto en el campo laboral y político como en la vida personal y familiar; de ello dan testimonio, entre otras muchas situaciones, el no cumplimiento de la Ley de Cuotas en muchos gobiernos, las estadísticas sobre la violencia intrafamiliar y conyugal. ¿Por qué han sido tan resistentes estas prácticas discriminatorias, por qué sobreviven a pesar de los grandes cambios sociales y legales? Una respuesta se basa en el reconocimiento de la enorme inercia de las ideas culturales, su tenaz persistencia a través del tiempo.

No quiere decir esto que la cultura no haya cambiado. Examinemos algunas de las ideas más generalizadas sobre el matrimonio y los hijos en nuestra época, para luego pasar a analizar algunos aspectos del proceso histórico de las ideas sobre la mujer y la maternidad.

En el panorama cultural actual, la concepción que predomina es que el ambiente óptimo para criar los hijos e hijas es un hogar estable, con padre y madre en perfecta armonía. Esto no deja de ser una utopía. En el mejor de los casos, no puede dejar de haber conflictos ocasionales entre dos seres humanos, quienesquiera que fueren. Además, existe una situación de jerarquía social entre los sexos que se invisibiliza, pero que es una fuente perenne de conflictividad.

Con frecuencia hoy se culpa al feminismo por haber disuelto aquel «hogar ideal» del pasado, donde todos sabían que el padre

era la autoridad y la madre la fuente de la afectividad. Sin embargo, reconozcamos que el feminismo no crea los conflictos, sino que los devela, los hace evidentes allí donde siempre han existido. La relación de una madre sumisa con un padre dominante puede parecer la mejor fuente de paz y serenidad, pero toda forma de dominación genera resistencias, abiertas o soterradas. Por otra parte, el supuesto «remanso de paz» que era ese hogar que hoy se añora y que produce nostalgia, se basaba en una situación discriminatoria, una injusticia que se trataba de subsanar mediante la idealización de la madre resignada, abnegada, capaz de sacrificarse personalmente en aras de la felicidad de su familia.

Actualmente este mito ya no parece sostenible. Para la mayoría de las personas, una buena separación puede ser preferible a un mal matrimonio, entre otras razones, porque hoy reconocemos que ese «buen matrimonio» tradicional puede serlo sólo en la superficie, y subsistir a costa del sacrificio de la mitad femenina de la pareja conyugal. Por eso la estabilidad aparente puede no ser la mejor situación, si no va acompañada de un cambio profundo de las relaciones tradicionales entre hombres y mujeres.

Sin embargo, sea por la razón que sea, hoy vemos que los divorcios son cada vez más frecuentes. Y cuando existen hijos e hijas, la custodia por lo general se les da a las madres. En otras palabras, hemos dado un viraje de 180 grados en la evolución histórica de la familia: desde el hogar patriarcal con potestad familiar y marital en cabeza del hombre, hemos pasado a enfatizar la custodia de las madres en caso de divorcio. Una de las razones parece ser que, a pesar de todos los cambios sociales y culturales, la imagen de la madre, más ligada a la reproducción que el padre, continúa siendo muy fuerte.

Al mismo tiempo, como ya dije, existe una tendencia en nuestra cultura a ensalzar a la madre como un ser admirable. Sin embargo, es importante darnos cuenta de que esa supuesta exaltación materna en realidad está enraizada en un profundo odio hacia la mujer.

Estas ideas, por otra parte, no son eternas, sino que tienen una evolución, un desarrollo histórico que debemos investigar.

Notas para una breve historia de la maternidad

Para entender las ideas sobre la maternidad en nuestra cultura, veamos muy brevemente algunos puntos de la historia de estas ideas en la civilización occidental. En primer lugar, en la Grecia Clásica encontramos muchas manifestaciones de misoginia, de odio a las mujeres. El mismo Platón, en cuya República utópica las mujeres podían tener tantas prerrogativas, en el *Timeo* nos dice que un hombre que haya sido malvado puede recibir como castigo el regresar en una próxima vida como mujer. Aristóteles, en la *Política*, afirma que «entre los sexos, el masculino es por naturaleza superior y el femenino inferior; el masculino dominante y el femenino subyugado».¹ La mujer, según Aristóteles, no es más que un varón impotente, imperfecto, atrofiado. Por eso la contribución que hace la mujer a la procreación es inferior a la que hace el hombre: «Específicamente, el hombre contribuye a la forma o esencia del embrión mientras que la mujer meramente provee la nutrición necesaria para mantenerlo; es decir, el varón, no la hembra, es quien crea la vida humana».² La convicción aristotélica de la inferioridad femenina fue tan fuerte, que llegó a colorear las doctrinas de la iglesia católica a través de autores como Tomás de Aquino, quien repitió la idea del filósofo de que la procreación de una mujer se debía «a un defecto en la fuerza activa o de una indisposición material, o inclusive de alguna influencia externa, tal como el viento sur, que es húmedo».³ En otras

¹ Citado en Marina Warner, *Tú sola entre las mujeres*, Trad. Juan Luis Pintos, Madrid, Taurus, 1991, pp. 237-238.

² Rosemary Agonito, *History of Ideas on Women*, New York, Perigee Books, 1977, p. 42.

³ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Vol. 13, Parte 1, compilación de Rosemary Agonito, *History of Ideas on Women*, Op. cit, p. 85.

palabras, si en el momento de la concepción todo marcha bien, se concibe un varón, pero si por el contrario hay alguna indisposición física de la madre o del padre, o algún problema ambiental, por ejemplo, un viento húmedo en la cámara donde se produce el coito, entonces ese pequeño homúnculo contenido en el semen se atrofia, y como resultado, al no poderse desarrollar adecuadamente, obtenemos una mujer.

Gran parte de la misoginia de la Grecia Clásica se centra específicamente en la función materna. Dejando a un lado la espinosa pregunta de si los autores griegos mismos compartían o no las ideas misóginas que expresaban sus personajes, podemos por lo menos afirmar que sus palabras en las obras literarias de la época parecen reflejar actitudes masculinas hacia las mujeres que probablemente no serían excesivamente extrañas a sus compatriotas. En la *Medea* de Eurípides, por ejemplo, Jasón se queja ante Zeus, pidiéndole que elimine a las mujeres y busque otro método para «engendrar hijos» sin que ellas existan. En la obra *Hipólito*, también de Eurípides, el personaje epónimo da un paso más, ofreciendo una solución para reducir la dependencia de los hombres hacia las mujeres para efectos de reproducción: el joven le sugiere a Zeus que los hijos provengan como respuesta divina a las ofrendas de oro, hierro y bronce hechas en los templos, a fin de eliminar la función materna, única razón por la cual no se puede prescindir de las mujeres. Nadie en estas obras muestra horror ante estas ideas, ni particular rechazo ante la propuesta de eliminar la mitad de la especie humana.

No sólo en las obras de Eurípides encontramos ejemplos de una tendencia en el ideario colectivo de los griegos a imaginar nacimientos que no incluyeran participación materna. La mitología sobre los dioses del Olimpo nos muestra otro ejemplo de relatos que podrían interpretarse como realización del deseo de que la reproducción se produjera por vías que no incluyeran la materni-

dad. En la *Teogonía* de Hesíodo, Atenea nace completa del cráneo de Zeus, cuando Prometeo (en otras versiones es Hefesto, hijo de Zeus, quien lo hace) le abre la cabeza de un hachazo como remedio para el fuerte dolor de cabeza que sentía el dios. Por lo tanto, la diosa sabiduría no tuvo madre. En una reflexión psicoanalítica feminista, este nacimiento por obra de sólo varón ha sido interpretado como la realización fantasmática de un deseo masculino, el de dar a luz prole sin intervención femenina.⁴

En la tradición judeocristiana encontramos algo muy similar en el relato de la creación contenido en el Génesis 2, donde la mujer es manufacturada usando una costilla de Adán, y es creada para ayudarle. Su función es servir al varón, mientras que la de Adán es usufructuar y dominar el mundo y servir a Dios. Por una parte, la creación de la pareja inicial se hace sin que intervenga madre alguna, ya que Adán es hecho de barro y Eva es hecha de una parte anatómica de Adán; por otro lado, la mujer aparece como apéndice del hombre, como su ayudante, no como un ser con valor propio, intrínseco. Además, el parto con dolor es señalado como un castigo a Eva por su pecado original, mientras que el castigo del varón se relaciona con la necesidad de laborar.

El Antiguo Testamento está lleno de textos similares en cuanto a su misoginia. En el Éxodo 20: 17, por ejemplo, la mujer aparece enumerada como una de las posesiones del hombre, como los esclavos y el ganado. En cuanto a la devaluación de la maternidad, una autora feminista, Ana Goodman Amirav, nos plantea una tesis interesante. Reflexionando sobre las múltiples mujeres estériles de los textos bíblicos, mujeres como Sara, Rebeca, Ana, o la madre del profeta Samuel, Amirav interpreta su infertilidad como una

⁴Citado en Ana Iriarte, «Ser madre en la cuna de la democracia o el valor de la paternidad», en: Silvia Tubert (ed.), *Figuras de la madre*. Valencia, España, Ediciones Cátedra, 1996.

consecuencia textual de la lucha de los sacerdotes levíticos contra las tradiciones matrísticas de Mesopotamia, donde reinaba el matriarcado. En estas tradiciones, el culto politeísta a las diosas como figuras maternas estaba ligado a la identificación de las mujeres con la tierra, y ésta, a su vez, estaba relacionada con el sacerdocio de las mujeres. La lucha de los judíos por romper este matriarcado e imponer el patriarcado monoteísta conduce a un rechazo inconsciente a la maternidad, y por tanto a una tendencia en las narrativas a que muchas mujeres bíblicas sean castigadas con la infertilidad.⁵ Además, la mujer en el Antiguo Testamento es vista como impura, específicamente debido a su función reproductiva, por lo cual no puede participar en los ritos de la religión hebraica de la misma forma que el hombre. Tanto la menstruación como el nacimiento son contaminantes, con el agravante de que en el nacimiento de una mujer, una niña, la contaminación que sufre la madre es mayor que en el nacimiento de un varón, por lo cual el período postparto de purificación (lo que en Colombia se llama tradicionalmente la dieta) sólo debe durar 20 días si el recién nacido es un varón, pero se extiende a 40 días si se trata de una mujer.

Si pasamos al cristianismo, en la mariología encontramos nuevas evidencias de una similar devaluación de la maternidad biológica. Aunque en los evangelios no encontramos textos que puedan servir de base para la doctrina de la virginidad de María después de su matrimonio, ni siquiera claramente del nacimiento virgen,⁶

⁵ Anna Goldman Amirav, «Mira, Yaveh me ha hecho estéril», en: Silvia Tubert. (ed.), *Figuras de la madre*, Valencia, España, Ediciones Cátedra, 1996.

⁶ Si bien el relato de la Anunciación nos habla de la concepción virginal de Jesús, sin intervención de varón, no hay ninguna referencia en los evangelios a la abstinencia sexual en la vida marital posterior de María y José.

esta doctrina convierte el parto en un evento milagroso, que hace que la maternidad de María sea espiritual, no natural, inclusive fisiológicamente. De este modo la misma biología de la maternidad de María desaparece al espiritualizarse. En otras palabras, aunque la doctrina del nacimiento de Dios del vientre de una mujer puede considerarse una gran aceptación, y aun exaltación, de la maternidad, se trata de una maternidad tan excepcional, que poco o nada tiene que ver con los procesos fisiológicos humanos naturales, aquellos que cotidianamente convierten a una mujer en madre.

El «Fiat» de María en la Anunciación se convierte, según la interpretación de San Francisco de Asís, en la humildad llevada a la humillación, a ponerse a nivel de la humilde tierra. De allí, se llega a que María se arrodille ante su hijo, adorándolo. Así, nos dice Simone de Beauvoir, por primera vez en la historia humana la madre «acepta libremente su inferioridad».⁷ En consecuencia, el modelo cristiano de maternidad la relaciona con la entrega total al hijo. Además, se hace énfasis en los dolores y sufrimientos de María, en la Madre Dolorosa, la que sufre resignadamente las agónías espirituales más agudas. El culto a María se convierte en una vía para construir un modelo de maternidad centrado en el sacrificio por los hijos e hijas, la adoración al hijo varón, la renuncia a la sexualidad y a todo placer terrenal, y la aceptación del dolor.⁸ Vemos entonces que el culto a la madre, que para muchos está ligado a la religiosidad cristiana, tiene raíces históricas que son franca y profundamente misóginas.

En la época medieval en Europa, las enseñanzas de la iglesia católica se muestran cada vez más imbuidas de misoginia. Ya San Pablo había escrito que el hombre era la cabeza de la mujer así

⁷ Simone de Beauvoir, *The Second Sex*, Trad. H. M. Parsley, NY, Penguin, 1970, p. 160.

⁸ Cf. Marina Warner, *Tú sola entre las mujeres*, Trad. Juan Luis Pintos, Madrid, Taurus, 1991, pp. 273-293.

como Jesucristo era la cabeza de la Iglesia. A su vez, Tomás de Aquino llega a decir que «la imagen de Dios se encuentra en el hombre y no en la mujer: pues el hombre es el comienzo y el fin de la mujer, como Dios es el comienzo y el fin de toda criatura».⁹ Por lo tanto, para llegar a Dios la mujer tiene que servir y obedecer al hombre.

Evidentemente, las ideas y actitudes hacia la maternidad en la Edad Media no sólo recibieron el influjo de la religión, sino también de realidades socio-económicas y políticas. En primer lugar, las condiciones de extrema pobreza de los siervos durante la época medieval, la gran mortalidad de los niños y las niñas, fueron llevando a un paulatino desinterés por la descendencia. Parecía que no valiera la pena apegarse a ellos, pues morían con tanta facilidad. La devaluación de la niñez tuvo también un papel que desempeñar en la devaluación de la función materna.

Entre las clases mayoritarias, las de los siervos y pequeños artesanos, según nos dice Elisabeth Badinter, hasta el siglo XVII sigue rigiendo en Europa el viejo modelo de paternidad y maternidad, según el cual «El padre es para sus hijos lo que el rey es para sus súbditos y Dios para los hombres, es decir, lo que es el pastor para su rebaño». Pero, prosigue Badinter, el pastor no conducía directamente a sus ovejas; confiaba en los perros pastores. En este planteamiento, «los padres eran los pastores; las madres, los perros pastores, y los niños, las ovejas, inferiores y estúpidos como ellas pero valiosos cuando estaban listos para el mercado».¹⁰ Es decir, que la autoridad era el padre, la madre sólo su servidora y portadora de sus decisiones y de su palabra. Además, los niños y niñas participaban en el trabajo del hogar y/o en la finca, o se convertían desde

muy temprana edad en aprendices que aportaban económicamente a la unidad doméstica.

Durante la Edad Media, sin embargo, las mujeres de la aristocracia comenzaron a actuar como juezas, señoras del feudo, inclusive como jefas militares, en reemplazo de sus maridos, pues en la época feudal ellos debían ausentarse con gran frecuencia debido a las constantes guerras. Esto llevó a que las aristócratas tuvieran condiciones de mayor libertad y poder, y a que fueran educadas, inclusive con mayor frecuencia que los varones.¹¹ Podemos decir que en esta época comienza, lenta y muy parcialmente, el proceso que llevaría finalmente a las luchas por la emancipación de la mujer.

Preocupadas por su participación política en las cortes europeas, o simplemente deseando disfrutar de los placeres de esas cortes, y considerando a los hijos e hijas como un bien al que no valía la pena apegarse por su alta mortalidad, las mujeres aristócratas del Renacimiento y de la época de la Ilustración siguieron viendo la maternidad como una actividad insignificante. A lo largo de los siglos XVII y XVIII, la maternidad y la crianza de los niños y niñas llegó a un grado en el cual las madres de clase media alta, así como las aristócratas, sobre todo en las zonas urbanas, se desentendían totalmente de sus hijos desde el nacimiento, dándoselos a nodrizas o «amas de pecho», quienes vivían casi siempre en zonas rurales. Muchas madres no volvían a ver a sus hijos e hijas hasta que las nodrizas los destetaban, a los tres años. Grandes cantidades de estos niños y niñas morían antes del destete.¹² Una de las razones para esto era que la maternidad se había devaluado culturalmente, es decir, no se valoraba ya la devoción de la madre por sus hijos.

⁹ Tomás de Aquino, *Summa Theologica* I, 93, 4 Ad. 1.

¹⁰ Citado en Sharon Hays, *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Trad. Cristina Piña, Barcelona, Taurus, 1996, p. 50.

¹¹ Cf. Joan Kelly, «Did Women Have a Renaissance?», *The Essays of Joan Kelly*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984.

¹² Cf. Elisabeth Badinter, *L'Amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVII-XX siècle)*, París, Flammarion, 1980.

Ya en los siglos XVIII y XIX, Rousseau influyó para que estas costumbres desaparecieran. Las madres de cualquier clase social debían ser quienes amamantaran a sus hijos e hijas, y debían dedicarse a ellos por entero. Además, en el *Emilio* planteó por primera vez la idea de la inocencia del niño, lo cual llevaría a lo que posteriormente sería la «sacralización» del niño. El niño era un ser sagrado, noble e inocente. Por este motivo, «las prácticas de la crianza infantil deberían surgir del desarrollo de la naturaleza interna del niño más que de los intereses adultos, y los niños debían ser valorados, tratados con amor y cariño y protegidos de la corrupción de la sociedad».¹³ La educación de las mujeres, finalmente, debía dirigirse sobre todo a producir un ser que fuera «el complemento, el placer y la madre para el hombre [...] Ella deberá aprender mucho, pero 'solamente aquello que le conviene saber' [...] No se la obligará a aprender a leer ni escribir hasta que ella no sienta la necesidad, es decir, cuando ella piense en los medios para gobernar bien su casa». Por todo esto la mujer tiene que ser educada para la docilidad, y para poner siempre los intereses de los otros, sobre todo de los varones, por encima de los propios, hasta tal punto que vivirá tan recluida en su casa como la monja de clausura en su claustro.¹⁴

Las consecuencias de estas enseñanzas fueron incalculables en toda Europa, y España no se escapó a su influjo. Napoleón fue un fiel seguidor de Rousseau, e instituyó su Código Civil, cuyo artículo 212 sanciona la autoridad viril y la sumisión femenina en el matrimonio. En la reforma educativa napoleónica, la educación de las mujeres debe ser tal que produzca seres dedicados totalmente a las labores domésticas, que vivan felices en esta situa-

ción, y que sepan criar bien a sus hijos. La devoción y el sacrificio deben serles inculcados desde muy jóvenes.¹⁵ Las ideas napoleónicas tuvieron gran influencia en España, sobre todo a partir de la invasión y ocupación de ese país por los franceses, en una época en que la mayor parte de América Latina aún era colonia de España.

Ya en el siglo XX, la influencia de las ideas de Freud fue también un refuerzo para la idea de la maternidad como el fin fundamental, si no único, de la vida de la mujer. Freud trazó una narrativa teórica sobre las etapas de la formación de la psiquis femenina de la manera siguiente: según el padre del psicoanálisis, tanto los niños como las niñas en su primera etapa actúan como seres «bisexuales», en el sentido de que desconocen la diferencia sexual anatómica. Lo curioso es que tanto niños como niñas, según esta teoría, creen que todos y todas tienen un pene. Para Freud, al sentir su pequeño clitoris las niñas experimentan una sensación que es fálica, no femenina, ya que según él, esta parte de la anatomía femenina es en realidad masculina. En cualquier caso, en esta etapa la madre es el primer objeto amoroso, tanto para niños como para niñas. Posteriormente, cuando los niños y niñas se dan cuenta de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres, comienza en los varones el complejo de castración y en las niñas la envidia fálica. En el caso de las mujeres, el Edipo, es decir el amor hacia el padre, surge sólo como consecuencia de la devaluación y el rechazo a la madre, a quien la niña desprecia por no tener un pene y por no haberle dado a ella uno. Luego comienza el lento abandono del Edipo, que casi nunca la mujer llega a superar.

Para poder ser mujeres sanas psíquicamente, ellas tienen que renunciar al placer clitoridiano y sentir el orgasmo solamente en la vagina. Como vemos, de acuerdo con la doctrina freudiana, para las mujeres hay una parte de su propio cuerpo a la cual deben

¹³ Sharon Hays, *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Trad. Cristina Piña, Barcelona, Taurus, 1996, p. 54.

¹⁴ Elisabeth Badinter, *Op. cit.*, p. 314.

¹⁵ *Ibid.*, p. 315-318.

renunciar, un aspecto de la fisiología de su placer que debe llegar a desaparecer, bajo pena de no gozar de plena salud psíquica. Varias teóricas feministas han advertido la similitud entre este aspecto de las posiciones de Freud y la costumbre de la mutilación genital femenina en algunos países islámicos, comparando la condena del orgasmo clitoridiano por parte del padre del psicoanálisis con una infibulación psíquica.

Finalmente, la envidia fálica se satisface al tener un hijo, sobre todo varón. La realización personal de las mujeres, entonces, sólo está completa en la maternidad, y específicamente en una maternidad que les permita adquirir un pene simbólico, por intermediación del hijo. Aquellas mujeres que busquen otros tipos de realización, artística, profesional, científica, etc., están aferrándose a su deseo fálico de emular a los hombres.

Por otro lado, vale la pena recordar las cinco cualidades de la feminidad según Freud. En primer lugar, lo femenino se caracteriza por tres tendencias: la frigidez, el masoquismo y el narcisismo; además la feminidad está asociada a un «superyó débil» y a fines pasivos. El superyó débil tiene que ver con la incapacidad femenina, según Freud, para tener una actitud plenamente ética, para internalizar los principios morales abstractos, para acceder plenamente a las leyes culturales, e inclusive, para poder crear obras estéticas o del pensamiento realmente originales. En cuanto a los fines pasivos, se trata de la tendencia femenina a fijarse metas y objetivos de acción que no son realmente propios, sino que sirven para facilitar la consecución de los fines que persiguen otras personas, sobre todo los varones de su entorno (viene a la mente enseguida la imagen convencional de la atareada esposa de los grandes pensadores y artistas, una aguerrida guardiana y defensora del tiempo y de la tranquilidad de su marido, que le permite a él crear al eliminar cualquier incomodidad u obstáculo para su actividad intelectual o estética).

Esta última «característica» me parece una observación muy aguda y muy útil de la tendencia femenina a desplegar su actividad para servir a las personas que la rodean. Desde una perspectiva feminista, sin embargo, esta tendencia es inculcada en las mujeres mediante la educación, y es una consecuencia de la concepción cultural de las mujeres como seres que no tienen valor en sí mismas sino sólo por referencia a los varones con los cuales están asociadas (recuérdese el relato de la creación de Eva, recuérdese la doctrina tomista, o el pasaje del *Paraíso perdido*, de Milton: «Él para Dios, Ella para el Dios que hay en él».¹⁶) Pero esta característica de la feminidad no fue analizada por Freud como una consecuencia de factores culturales, sino que aparece como plenamente compatible con su observación de que, para las mujeres, «la anatomía es el destino». De alguna manera, el mero hecho de nacer con un útero y unos ovarios condena ya a la mujer, según este pensador, a no fijarse sus propias metas sino a servir las de otros (por lo menos este es el destino de las mujeres «femeninas», aunque Freud reconoce que las de tendencia más «masculina» pueden interesarse y aun descollar en actividades que tradicionalmente se consideraban privativas de los varones.)

Al mismo tiempo que Freud desarrollaba estas ideas, evolucionaba la situación social de las mujeres en nuestro mundo occidental, de tal manera que paulatinamente fueron alejándose de esta tendencia a actuar como seres secundarios, útiles para reforzar y facilitar los fines de otros pero no capaces de plantearse los propios. A principios del siglo XX, las mujeres conquistan cada vez más derechos, entre ellos el voto (año 1920 en EE.UU., 1954 en Colombia) y el derecho a la educación. A partir de 1960, el movimiento feminista cuestiona fuertemente la maternidad tradicional. Surgen también los métodos anticonceptivos que llevan a se-

¹⁶ John Milton, *Paradise Lost*, Libro IV, verso 299.

parar la sexualidad de la reproducción, de modo que las mujeres ya no tienen que elegir entre una vida sexual activa con múltiples partos, o la abstinencia sexual. La maternidad se convierte cada vez más en una opción, y no en una necesidad.

El modelo de la maternidad intensiva

Sin embargo, a medida que las mujeres se incorporan masivamente al mercado de trabajo, aparece una especie de contrarrevolución cultural que empieza a exigir que las mujeres se dediquen cada vez más a la crianza de sus hijos. Surge así el modelo actual de maternidad, en el cual parece cada vez más complejo, difícil y exigente el proceso de criar un hijo o una hija. Esta tendencia se basa en lo que una investigadora, Sharon Hays, ha llamado la «maternidad intensiva». Es una idea cultural relativamente nueva sobre el método óptimo de crianza, la que más les conviene a los niños y niñas. Las características más sobresalientes de este modelo de la crianza y de la maternidad, como fenómeno cultural, son las siguientes:¹⁷

-La educación de los niños y niñas, sobre todo en las clases media alta y alta, debe centrarse en sus necesidades y respuestas, y se debe dar atención constante a sus deseos, ya sea para satisfacerlos, o para «negociarlos».

-Ellos y ellas necesitan una gran dedicación de tiempo y esfuerzo, no sólo para el cuidado en la época en que son más indefensos, sino también en las etapas en que, en otras culturas, se les trata de inculcar gradualmente la independencia. Se considera necesario no sólo atender a sus necesidades materiales sino a sus labores escolares, cada vez más extensas y complejas, a actividades extracurriculares como danzas, deportes, idiomas extranjeros,

¹⁷ Cf. Sharon Hays, *Las contradicciones culturales de la maternidad*, Trad. Cristina Piña, Barcelona, Taurus, 1996.

etc., a formas de recreación, a fomentar su lectura, a instruirlos en el uso de los computadores, a vigilar lo que ven por televisión, lo que hacen con internet, etc. Aun cuando la casi totalidad de los padres y un gran número de madres a menudo no cuentan con el tiempo necesario para llevar a la práctica muchas de estas funciones, sienten a menudo el peso de una gran culpabilidad por no hacerlo.

-La disciplina es también mucho más compleja, pues no se trata de enseñarles principios y normas de comportamiento, sino de negociar y de dialogar extensamente con ellos sobre las conductas deseadas, las consecuencias, las alternativas, etc. La disciplina que se busca es auto-impuesta, es decir, siempre decisión del niño y nunca por exigencia de los padres, lo cual requiere una gran cantidad de tiempo y atención.

-Los niños y niñas necesitan, además de un cuidado médico intensivo, la guía psicológica de expertos, corrección de defectos de la dentadura, de las extremidades, de la vista, orientación nutricional, y a menudo la atención de fisioterapeutas, terapeutas del lenguaje, y otros profesionales.

El modelo se basa en un conjunto de presuposiciones conceptuales que Hays formula en los términos siguientes: el niño o niña «...tiene absoluta necesidad de una educación coherente por parte de un único encargado *primordial de cuidarlo... y la madre es la mejor persona para ese trabajo. Cuando la madre no esté disponible, otra mujer servirá como sustituta temporal*». ¹⁸ En resumen, los métodos básicos de este modelo contemporáneo de educación infantil son los siguientes: dicha educación debe ser *centrada en el niño, guiada por expertos, emocionalmente absorbente, intensiva y cara*.¹⁹

La literatura sobre este modelo hace énfasis en el papel materno, y con frecuencia se dirige a las mujeres como las más llamadas a

¹⁸ *Ibíd.*, p. 30.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 31.

asumir estas tareas. El modelo de maternidad intensiva va aunado a una ideología materna de altruismo, de sacrificio de las necesidades personales en pro de satisfacer las de los hijos, de entrega y devoción, etc., que continúa de un modo moderno la vieja concepción de la mujer que nos viene desde la tradición judeocristiana, y que, como hemos visto, Freud caracterizó como «los fines pasivos» de la feminidad. Lo interesante es que, si bien en la premodernidad el altruismo y la abnegación eran ideales que se proponían para todos y todas, esta concepción moderna que nos ocupa cada vez se aleja más no sólo del modelo ético imperante para las actividades por fuera del hogar, sino de la ideología misma sobre el modelo humano universalmente deseable. La persona que asume el ideal de la maternidad intensiva se apropia de un imaginario diametralmente opuesto al que se maneja en el ámbito público, donde cada vez se enfatiza más el individualismo, la promoción de sí mismo/a, la eficiencia, la productividad. Este modelo conduce, entonces, a que las madres se esfuercen por cultivar características personales que están socialmente muy devaluadas en nuestro mundo contemporáneo. Paradójicamente, existen muchas personas que, aunque consideran importante que las madres se comporten de acuerdo con el modelo, demuestran desprecio por las personas que tienen la tendencia al sacrificio personal, o por lo menos las consideran ciudadanas de segunda clase.

Estas ideas sobre la crianza óptima de los niños y niñas se difunden extensa e intensivamente a través de las reuniones escolares de padres y madres de familia, los libros de autoayuda sobre cómo ser mejores padres y madres, las revistas «femeninas», los suplementos de los diarios, los programas de televisión (*talk shows*, y otros) dirigidos especialmente a mujeres. Aunque este modelo de crianza es más difundido entre las clases medias y altas, muchas madres de clase obrera también tienen una exposición relativamente alta al modelo. Para ellas, muchas de las recomendacio-

nes son imposibles. No sabemos qué consecuencias pueda traer esto para su concepción de cómo se están desempeñando como madres, pero es muy posible que para ellas se generen también niveles de frustración y culpa.

Puede suponerse que en la medida en que las madres adopten este modelo de maternidad intensiva, se hará muy difícil que acepten una custodia compartida. Sin embargo, tanto la historia como la antropología nos muestran que los presupuestos del modelo no son, como pretenden sus impulsores y propagandistas, una consecuencia inevitable de la naturaleza humana. Por el contrario, en muchas culturas y épocas las tareas de crianza de hijos e hijas no han sido igualmente absorbentes, y en ocasiones han sido desempeñadas por distintas personas, y no exclusivamente por la madre. Debemos combatir la sugerencia de que todas las personas educadas por fuera de este modelo sobre la crianza óptima de los hijos se enfrentarán inevitablemente a graves consecuencias psíquicas.

Por otra parte, es importante que las mujeres respondan al asedio de quienes promueven este modelo, teniendo en cuenta que éste, lejos de ser la única o la óptima manera de criar a los hijos e hijas, le conviene primordialmente al sistema capitalista contemporáneo. Debido a los siglos de ideología sobre la abnegación materna y el valor secundario de las mujeres, ellas no sólo son las más vulnerables a cualquier insinuación sobre las necesidades de una crianza intensiva para lograr el bienestar de sus hijos e hijas, sino también las más dadas a aceptar que se les paguen sueldos más bajos, dado que sus ganancias son vistas como sólo secundarias respecto de las de sus maridos. Adicionalmente, el modelo de la maternidad intensiva facilita la tarea social imprescindible de preparar a los jóvenes trabajadores para el futuro, con un costo mínimo para los empleadores. Como el modelo va aunado a una escolaridad prolongada para los jóvenes, facilita crear una fuerza laboral flexible y bien formada a un costo relativamente bajo.

La inducción de autodisciplina e individualismo que enfatiza este modelo es asimismo importante para el sistema capitalista, pues permite el desarrollo de administradores/as motivados/as por sí mismos/as, así como de obreros y obreras, empleados y empleadas que tienden a ver su situación en el mercado de trabajo como algo que su propia actuación ha producido, algo desligado de las decisiones que toman los administradores. Por este motivo, tenderán a considerarse totalmente responsables de cualquier pérdida de su trabajo o de sus sueldos inadecuados. Su visión individual de su destino laboral los hará renuentes a organizarse, a actuar colectivamente en reclamo de sus derechos, por lo cual el sindicalismo y la organización gremial tienden a decaer.

Existen otros aspectos de este modelo de maternidad intensiva que también son altamente satisfactorios para quienes se benefician económicamente del sistema. Puesto que se enfatiza la satisfacción de todas las necesidades y deseos del niño, los padres y las madres llegan a considerar imprescindible comprar una gran variedad de accesorios para bebés, juguetes exóticos, y ropa exclusiva para niños. En otras palabras, el modelo alienta el consumo intensivo de las madres para sus hijos e hijas. Además, la formación que produce este modelo contribuye a que los niños y niñas se acostumbren a la satisfacción inmediata de sus deseos, con lo cual serán a su vez consumidores y consumidoras ansiosos por comprar todo nuevo producto que les presente el mercado.²⁰

Finalmente, la ideología de la maternidad intensiva tiende a crear mayor desigualdad entre hombres y mujeres, y mayor sometimiento de las mujeres. En primer lugar, las mujeres se ven recargadas de trabajo, y no se alienta a los padres a asumir su parte en el cuidado de los hijos. Al alentar un vínculo aun más estrecho que en el pasado entre las madres y sus hijos, el modelo conduce a

²⁰ *Ibid.*, pp. 239-240.

que se refuerce la tendencia a que todas las tareas domésticas sean asumidas por ellas, aun cuando las madres tengan también un trabajo asalariado, por fuera del hogar. Este sistema contribuye a que las mujeres, por su doble jornada de trabajo, sin la ayuda solidaria y equitativa de sus cónyuges, tengan grandes dificultades para destacarse en sus puestos, avanzar en el mercado de trabajo, o asumir tareas de liderazgo político. En conclusión, nos dice Hays, «el compromiso de las mujeres con su tarea socialmente devaluada ayuda a mantener su posición subordinada en la sociedad como un todo».²¹

Como vemos, la ideología de la maternidad intensiva es particularmente compatible con el modelo de la custodia exclusiva de las madres, y al mismo tiempo resulta especialmente lesiva para los intereses de las mujeres. Considero importante que se reflexione ampliamente sobre las características de este modelo, a fin de que los padres y las madres descubran si algunas de sus propias presuposiciones sobre el bienestar de sus hijos e hijas están moldeadas por este tipo de ideas, y puedan revisarlas de una manera crítica. Es de esperarse que en la medida en que las madres acepten que las exigencias excesivas de la maternidad no son realmente necesarias para el bienestar de sus hijos, estarán más abiertas a aceptar la custodia compartida, lo cual no sólo representará un paso hacia la justicia para con los padres que deseen tener un papel más participativo en la crianza de sus hijos, sino que además redundará en su propio beneficio, al crear condiciones que contribuirán a mejorar la situación social de las mujeres.

²¹ *Ibid.*, p. 240.

La custodia compartida a la luz de la Constitución de 1991

carlos góvoria*

El hecho político más importante de Colombia en el siglo XX fue la promulgación de la Constitución de 1991. Sus efectos han sido tan significativos, que quienes se oponen a asumir sus retos han buscado desmontarla.

La nueva Constitución fue resultado de un clamor generalizado de los más diversos sectores de opinión, que venían insistiendo en la necesidad de reformar la Constitución de 1886, luego de fracasar en intentos anteriores. Durante el gobierno del doctor Virgilio Barco, por ejemplo, la reforma constitucional implicaba reformar el Congreso, siendo este último renuente a tal propósito.

* Abogado de la Universidad de Antioquia, con estudios especiales en Jurisprudencia, Derecho constitucional y Teoría Política en la Universidad de Harvard (EE.UU.). Ex vicerrector de la Universidad de Antioquia y ex decano de la Facultad de Derecho de la misma. Ex presidente y magistrado de la Corte Constitucional. Senador de la República de Colombia. Profesor universitario. Autor de varios textos.

Sin embargo, el origen de la nueva Constitución fue distinto. Recuerden el movimiento de los estudiantes de la séptima papeleta, la voluntad del presidente César Gaviria de convocar una Asamblea Constitucional mediante el uso de un método muy poco ortodoxo: un estado de sitio. ¿Cómo fue posible que mediante una medida transitoria se convocara una Asamblea que debía reformar la Constitución con vocación de permanencia?

Recuerdo que esto fue objeto de discusión en la Corte Suprema de Justicia: ¿debía o no reformarse la Constitución mediante ese método? Fue un fallo importante con muchos salvamentos de voto, que permitió convocar una Asamblea Constitucional compuesta de una manera particular. Fue elegida popularmente, lo cual permitió que se reflejaran asimetrías muy parecidas a las del país. Había representantes de las negritudes que nunca habían concurrido a asambleas de esa naturaleza, representantes de culturas indígenas, personas con muy diversos antecedentes académicos, ideológicos y políticos. De su reunión resultó, a mi juicio, una buena Constitución.

¿Por qué hago esta reflexión? Porque la Asamblea Constitucional cobró tal fuerza, que se convirtió en una Asamblea Constituyente, no limitándose a reformar la Constitución —mandato que se le había otorgado— sino expidiendo una nueva, muy diferente a la anterior.

¿Y por qué la nueva Constitución era tan diferente a la anterior? ¿Por qué el inusitado afán de tantos sectores de opinión para que se reformara sustancialmente la Constitución? A mí no me cabe duda que se debió a lo aburridos y desesperados que estábamos desde hacía mucho tiempo con la violencia inclemente que veníamos padeciendo.

La nueva Constitución tenía un propósito claro: alcanzar la paz. No en vano, el artículo 22, tan exótico en una norma constitucional, establece de manera tajante que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. No es una Constitución autoritaria, como la que algunos esperaban que se dictara en un momento de violencia inclemente como el que se estaba atravesando, sino democrática,

participativa, con un catálogo ambicioso de derechos, que recoge no únicamente los derechos de primera generación y las libertades elementales, sino los derechos de segunda y tercera generación, y dispone de mecanismos para que esos derechos no se quedaran escritos, a través de acciones como la tutela, las acciones de cumplimiento, las acciones populares y de grupo, antes completamente desconocidas entre nosotros.

Esto puede ser una digresión, pero es lo que más ha aumentado el desencanto de las personas que tienen cierta animadversión por la Constitución de 1991. Es común que en Colombia se abogue por textos jurídicos buenos, progresistas, pero con la secreta esperanza de que se queden escritos, de que sirvan simplemente para mostrarlos en los foros internacionales. ¡Pobre aquel que se permita extraer consecuencias implícitas de esa Constitución!

Recuerden cuando la Corte Constitucional asumió sus funciones, y empezó a extraer conclusiones que estaban implícitas en la Constitución, suscitando debates sumamente importantes. Personalmente he estado muy comprometido con la actuación de la Corte Constitucional, redactando sentencias bastante polémicas, como la despenalización del consumo de droga, la exoneración de pena en el caso del homicidio piadoso consentido, todas orientadas a respetar las libertades que están consagradas en la Constitución de 1991.

Inicialmente esas sentencias tuvieron mucha resistencia, pero suscitaron debates públicos que antes no se daban en Colombia. Recientemente, por ejemplo, me sorprendió una encuesta del canal Caracol donde se le preguntaba a la gente si estaba de acuerdo o no con la eutanasia, y el 75% de quienes participaron sí lo estaba.

Si se me obligara a calificar la Constitución de 1886 en contraposición con la de 1991, respondería que la de 1886 era esencialmente heterónoma, mientras que la de 1991 es autónoma y autonomista, y naturalmente la autonomía parece muy atractiva pero resulta difícil de ejercer.

A mí me cautiva un libro de Erich Fromm llamado *El miedo a la libertad*, donde pone de presente cómo el hombre moderno, que a menudo se queja tanto de falta de libertad, en el fondo lo que tiene es un terrible temor a ejercitarla, porque ejercitar la libertad significa asumir responsabilidades y asumir responsabilidades sí que es difícil. Erich Fromm vincula el temor del hombre moderno a la libertad con el crecimiento de las corporaciones, iglesias, sindicatos y partidos políticos, porque cuando se pertenece a un partido político, por ejemplo, y se suscita un problema en el país en el cual debo tomar partido, en realidad me dispense de pensar, me excuso de reflexionar, diciendo que el partido ya decidió por mí. Lo mismo sucede con las personas que hacen parte de una iglesia —por ejemplo la católica— quienes no piensan en el problema del aborto porque el Papa dijo que el aborto estaba prohibido. El hombre moderno es renuente a ser autónomo.

Sin embargo, la Constitución de 1991 tiene el sello de la autonomía. Desde el artículo primero, se refiere a las entidades territoriales autónomas. El artículo 16 habla de un derecho consagrado por primera vez en nuestra historia constitucional, el libre desarrollo de la personalidad, que no es otra cosa que la autonomía del sujeto moral para tomar sus decisiones, para orientar su vida, para fijarse metas, y para buscar los medios más adecuados para lograrlo. El artículo 246 se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas para gobernarse y administrar justicia de acuerdo con sus propios usos y costumbres.

En este último sentido, lo valioso no es únicamente que la Constitución de 1991 consagrara un Estado pluralista, sino lo audaz, lo atrevido es consagrar un estado pluriculturalista, lo cual en la Corte Constitucional nos obligó a declarar inexecutable leyes como una de 1889 que trataba a los indígenas como salvajes que debían civilizarse y ser adoctrinados por la Iglesia.

La Constitución también es igualitaria. El artículo 13 no consagra únicamente —como se hacía desde el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789— que los

hombres nacen libres e iguales ante la ley, sino que en el inciso segundo obliga al Estado a orientar sus políticas hacia la búsqueda de la igualdad real.

Por lo tanto, la nueva Constitución es bien diferente de la anterior, pues reaccionó en contra del Estado caótico y violento en que vivíamos. Yo he pensado siempre que el constituyente hizo un diagnóstico hobbesiano —estamos en un estado de naturaleza en el que el hombre es lobo para el hombre— pero su propuesta fue rousseauiana —el hombre mejora su condición cuando se le restituye la libertad originaria perdida. De tal manera se quiso que las personas se hicieran cargo de las cosas que les incumben, a través de figuras como la democracia participativa, la autonomía personal, etc.

Naturalmente la gente a la que no le gusta la actual Constitución critica los resultados hasta ahora obtenidos, olvidando que es aún muy joven y que no es fácil superar una situación engendrada por un orden jurídico centenario, al cual ellos mismos pretenden volver.

La reflexión que hasta ahora hemos hecho puede servir como hilo conductor para pensar sobre lo que la nueva Constitución propone en un tema tan bello como el de la custodia compartida. En la Constitución anterior se privilegiaba un solo tipo de familia, monogámica, constituida por el padre, la madre y los hijos. Cuando escuchaba a los otros expositores, me preguntaba por qué había que esforzarse, devanarse los sesos y elaborar teorías para justificar algo que parece de sentido común. La familia sobre la que investigó de una manera tan cuidadosa Virginia Gutiérrez de Pineda, era una familia que respondía a un solo tipo esencial, patriarcal y monogámico. Sin embargo, hoy en día la familia muchas veces está representada en un padre que vive en una ciudad con su nueva esposa y la madre con su nuevo compañero en otra parte, y algunos tienen la necesidad de apelar a los abuelos para que críen a los hijos. Estamos hablando de familias completamente diferentes, de patrones completamente distintos, que reconoció la Constitución de 1991.

Puede que haya mucha nostalgia de la familia prefigurada en la Constitución del 86, pero la Constitución actual atiende a una realidad innegable frente a la situación actual de la familia. Es imperativo, por ejemplo, que en concordancia con el artículo 13 de la Constitución no haya discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, o dentro de él. Recuerdo que mi profesor de sucesiones, cuando hablaba de los hijos naturales, decía: «¡yo no sé si será que hay sobrenaturales!», criticando el sello discriminante de la familia patriarcal.

Al respecto, escuché con mucho interés la exposición de la doctora Castellanos sobre la familia patriarcal tradicional que corrobora la discriminación de que ha sido objeto la mujer a través de la historia. Citaba a Aristóteles, a Santo Tomás y también a una autora como Simone de Beauvoir, lo cual me sorprendió gratamente, porque hay autores que pierden vigencia si dejan de ser leídos, pero hay autores que dejan de ser leídos sin haber perdido vigencia. Quienes estudian actualmente problemas de género, leen autoras como Nancy Fraser o Mary Robbins pero desafortunadamente no a Simone de Beauvoir, quien fue una pionera al escribir sobre la historia, la sociología y los mitos de la mujer (la menstruación, la virginidad), la psicología de la mujer, la mística de la mujer casada, de la madre, de la enamorada, todo con el propósito de demostrar que la discriminación milenaria de la mujer tiene una explicación: el mundo fue construido por los hombres, para los hombres.

Uno de los supuestos esencialistas que hay en la concepción de la superioridad masculina, es que como la naturaleza de la mujer es inferior, los roles que se le asignan están de acuerdo con su naturaleza. No se piensa que precisamente la razón por la cual se han atribuido roles secundarios a las mujeres es porque están discriminadas. En otras palabras, no es que hayamos pensado la esencia de la mujer para luego atribuirle roles secundarios, sino al revés, le hemos atribuido roles secundarios y luego concluido que su naturaleza es inferior.

Recuerdo un razonamiento muy perverso, del profesor al que ahora aludí —que era un hombre muy inteligente pero poco ilustrado—, quien se refería a las normas que iban desapareciendo por discriminar a la mujer de la siguiente manera: «Las feministas protestan porque la mujer no puede ser fiadora; pues ahora va a poder ser fiadora, ¡para que vean lo bueno que es!» Se quería demostrar que todas las limitaciones que se habían impuesto sobre la mujer habían sido establecidas en su propio beneficio y que por tanto no debían ser removidas.

Simone de Beauvoir lo denuncia en su texto. A la mujer se le trata como reina para esclavizarla, diciéndole que no puede trabajar porque la soberana del hogar debe permanecer en él. De esa manera, se le sustrae de la vida productiva, se la hace dependiente y por tanto se le esclaviza.

Esto tiene mucho que ver con la custodia compartida. La solución que se consideraba razonable era dejarle la custodia de los hijos a la mujer, lo cual —aunque honroso para ella— implicaba liberar gratuitamente al hombre de una carga irrenunciable. Detrás de la decisión existía una ideología a favor de un determinado tipo de sociedad discriminatoria y de un determinado tipo de producción, como lo ponía de presente de una manera muy lúcida la doctora Castellanos.

Ella misma decía que, infortunadamente, el Código de don Andrés Bello, así como el Código Civil francés, habían sido influenciados por la visión tradicional de Rousseau, según la cual la mujer era un ser inferior. Visión que, por supuesto, no correspondía únicamente a Rousseau, sino que recogía el legado tradicional del derecho romano, su concepción de familia, el sistema de agnación, el sistema matrimonial que sometía a la mujer a la potestad del marido quien tenía derecho sobre su vida. Naturalmente esas instituciones del derecho romano fueron trasplantadas a Europa continental y posteriormente a nosotros, de manera incuestionable.

Se debe estar atento a un criterio pernicioso que se aduce cuando algo parece subversivo, aludiendo frecuentemente a la naturaleza. El pensamiento aristotélico, por ejemplo, era un pensamiento esencialista, de acuerdo con el cual la mujer es de determinada manera, por lo cual hay que asignarle determinados roles. La cultura se resuelve sacralizando la naturaleza, de manera que todo lo que está de acuerdo con ella es intocable, impecable. Si la mujer es inferior por naturaleza, no podemos cambiarla. Se hace depender su condición de una falsa naturaleza y no de la cultura.

Ortega y Gasset ha dicho algo que a mí me parece realmente atinado y que invita a la meditación —cuando yo digo el hombre, también me refiero al ser humano, hombres y mujeres—. Dice el autor referido: «El hombre no tiene naturaleza, el hombre tiene historia, y por tanto cuando se hacen análisis sobre una determinada situación, no hay que referirse a la naturaleza sino a la historia, a la cultura».

Les pongo un ejemplo. Recientemente se estuvo discutiendo en el Congreso de la República una ley sobre la convivencia de parejas de un mismo sexo, siendo evidente que la moral que entre nosotros ha prevalecido es una moral heterónoma e impuesta que se edifica sobre dogmas. En un Estado pluralista, deben y tienen que convivir católicos y no católicos, religiosos, agnósticos y ateos, pues todos ellos tienen un lugar dentro de nuestra sociedad. Sin embargo, la Iglesia funda sus tesis en la imposibilidad de desconocer la naturaleza humana, en la inconveniencia de contradecirla.

Recuerdo que una de las grandes preocupaciones de Nietzsche era la crueldad presente en la naturaleza, pues al tomarla como un patrón, terminábamos reproduciendo en la sociedad las crueldades ya presentes en la naturaleza. Fíjense en la dificultad en entender que la atracción de un hombre por una mujer es natural, pero la atracción de una mujer por otra o de un hombre por otro es antinatural. ¿Cómo se hace para llegar a una conclusión de esa clase?

Hago esa digresión porque precisamente la situación de la mujer entre nosotros siempre se ha escudado en que la mujer tiene su propia naturaleza, y por lo tanto que las funciones que la sociedad le atribuye son acordes con ella. No se han pensado las cosas al revés: que precisamente pensamos a la mujer de esa manera por los roles que le estamos atribuyendo.

Le comentaba esta mañana a Lelio Fernández que no entendía por qué hay que elaborar tantos argumentos para justificar algo que parece evidente. No hay nada de extraño ni de subversivo en afirmar que, en una Constitución donde el hombre y la mujer tienen iguales derechos, no está decidido *a priori* quién tiene la custodia de los hijos frente a una separación conyugal.

Alguien afirmaba que en el Código de Procedimiento Civil existían normas que permitían la custodia compartida. Yo creo que no hay que ir tan lejos. La Constitución de 1991 tiene vocación normativa, es decir, puede aplicarse directamente. No es necesario que haya una ley que autorice la custodia compartida, cuando en el artículo 42 dice que las relaciones familiares tienen que llevarse a cabo dentro de criterios y reglas de completa igualdad y cuando el artículo 13 prohíbe toda discriminación en razón de género.

A propósito de la discriminación por razones de género, a mí me tocó vivir la discusión sobre la Ley de Cuotas, donde afloró el mismo discurso ideológico que está enmarcado dentro de lo que Gabriela Castellanos llama la ideología de la madre, refiriéndose a la imagen que se ha elaborado de la madre para extraer consecuencias específicas. Algunos de los contradictores de la ley alegaban que a la mujer se le debían reconocer méritos por su propio esfuerzo, no porque le ayudaran, desconociendo que puede haber acciones afirmativas de partida, y acciones afirmativas de llegada.

Pongamos un ejemplo de acciones afirmativas de partida: como tan pocas mujeres pueden llegar a la universidad, vamos a estimu-

lar el acceso de mujeres, por ejemplo, con matrículas más baratas, para que se preparen y puedan competir con el hombre. Sin embargo, al estudiar la realidad colombiana, nos damos cuenta que hoy en día la población universitaria es mayoritariamente femenina, lo cual nos lleva a preguntarnos la razón por la cual, si las mujeres están igualmente capacitadas, tienen las mismas destrezas, la misma cultura, unas llegan y otras no.

Es entonces cuando se puede concluir que faltan acciones afirmativas de llegada, pues si hay tan pocas mujeres ocupando altos cargos en el Estado es porque existe un invencible prejuicio machista, que lleva a los gobernantes a pensar primordialmente en hombres y no en mujeres. Así se justificó la Ley de Cuotas.

Lo anterior se relaciona directamente con el tema de la custodia compartida, pues su consagración bombardea la visión tradicional de la mujer y madre, resultando liberadora.

Nuestra predisposición como juristas sobre la suficiencia de las categorías jurídicas para resolver cualquier tipo de problema, nuestro convencimiento de que el derecho es una disciplina que se auto-abastece es mentirosa. ¿Qué habría hecho la Corte Constitucional en los fallos sobre multiculturalismo, donde las categorías jurídicas resultan pobres y mezquinas, sin la ayuda de antropólogos, sociólogos, personas que conocen esa realidad desde una perspectiva distinta? La Corte Constitucional habría llegado a conclusiones muy distintas si hubiera erróneamente considerado que los conceptos jurídicos son suficientes.

De la misma manera, no es posible que un juez solucione satisfactoriamente un problema de custodia sin la ayuda de profesionales competentes, que hagan una evaluación similar a la que el doctor Salazar nos mostraba. No es posible *a priori* trazar reglas que definan si es el padre o la madre quien debe tener la custodia,

o si ésta debe ser compartida. Sólo con la ayuda de profesionales competentes en otras áreas del conocimiento se llega a conclusiones razonables de esta naturaleza.

Para terminar quiero hacer énfasis en un aparte muy importante de mi ponencia. La Constitución colombiana de 1991 es rica en muchos aspectos. Nos invita a convivir con personas que no comparten nuestra cosmovisión, nuestras convicciones políticas, ni nuestra manera de enjuiciar el problema de lo correcto y lo incorrecto, de lo bueno y lo malo, de manera que el Estado no puede tener una moral oficial.

De nuevo repito que en un principio pensé que la custodia compartida no ameritaba un encuentro como éste, por no plantear obstáculo jurídico alguno. Sin embargo, entendí que existen hechos que pugnan con la solución de estos problemas y que vale la pena debatirlos en público. Por ejemplo, se debe debatir la tarea del juez, para superar la ideología hermenéutica, de acuerdo con la cual el juez no puede hacer más que silogismos, y rescatar su capacidad como necesario creador de derecho.

La solución no está y no puede estar predeterminada en la regla. El juez es quien tiene la autoridad y la capacidad para determinar —con ayuda de otras áreas del conocimiento— asuntos de esta naturaleza. Eso es parte del pluralismo, del diálogo que debe existir en una sociedad multicultural. El problema de la custodia no es únicamente un problema de familia. Su discusión desvela tantas tradiciones injustificadas a las que les rendimos culto, y tantas posibilidades de romperlas, que vale la pena que tengan lugar encuentros de esta naturaleza.

El cuidado personal de la custodia compartida

Jhon Eisenhower Ramírez*

Me propongo coadyuvar la tarea que ha iniciado en la ciudad la profesora Olga Lucía Restrepo¹ en materia de custodia compartida, para abrir el debate que conduzca a mostrar una forma diferente de ver las relaciones familiares y asumir que se puede innovar, buscando fortalecer la relación entre los padres y sus hijos menores, con esta modalidad.

* Abogado de la Universidad Santiago de Cali, especialista en derecho de familia de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como profesor en pregrado y postgrado de las Universidades Libre seccional Cali y Santiago de Cali. Actualmente ejerce como Juez Tercero de Familia de la ciudad de Cali y es un reconocido conferencista en su especialidad. En el año de 1996 obtuvo un importante reconocimiento al ser exaltado como mejor juez, por sus altos servicios a la administración de justicia. Autor de varias publicaciones entre las que se destacan *Sentencias y Jurisprudencias del Tribunal Superior de Cali, Sala de Familia, La Justicia de Paz en preguntas y respuestas, y La Conciliación*. Este ensayo tiene derecho reservados de su autor y no puede ser reproducido sin su permiso.

¹ Profesora de Derecho de familia en la Universidad de San Buenaventura y en la Universidad Icesi de Cali.

La custodia en el Código Civil

El Código de don Andrés Bello consagra lo esencial: a) los hijos conforman con sus padres una familia y, por pertenecer a ella, deben vivir juntos; b) Como no es posible que todos los padres vivan juntos, deben entonces los hijos comunes permanecer bajo la custodia de uno de ellos. Lo que opera asimismo, ante la ausencia, inhabilidad o muerte de uno de ellos; y, c) Si los padres no se ponen de acuerdo respecto de cuál de ellos ejercerá la custodia, en su nombre lo hará el juez, quien excepcionalmente la puede radicar en cabeza de un tercero, pariente o no del menor.²

La custodia en el Código del Menor

El Código del Menor normatizó las anomalías o atropellos que podían cometerse con los menores, bajo la denominación de «Menores en situación irregular» y en particular, menores en «Situación de abandono o de peligro» (arts. 30, 31). Otorgando facultades especiales al defensor de familia para adelantar trámites administrativos tendientes a lograr la protección especial de los menores y, entre otras actividades, asignar «la atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos» (art. 57). Custodia que entregaría a «aquel de los parientes que ofrezca mayores garantías para su desarrollo integral»³ (arts. 70, 71 y 72).

En la Custodia Compartida estamos hablando de padres que tengan habilidad física y moral y muestren buena conducta familiar y social y no hayan abandonado a sus hijos o no les hayan puesto en situación de abandono o de peligro (como lo denomina el Código del Menor, art. 31).

² Véanse los artículos 250 y siguientes del Código Civil.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13-06-91, magistrado ponente doctor Jaime Sanín G. Oficiando como guardiana de la Constitución, la Corte declaró exequible el artículo, pues el defensor goza de esa facultad por ser protector de incapaces, siendo la autorización de carácter «provisional».

La custodia en la Constitución Nacional

La Carta Política consagró varios principios claves en el asunto: a) La familia es la institución básica de la sociedad (art. 5º); b) La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 42, inc. 1º); c) Todos los hijos nacen libres e iguales ante la ley y no pueden ser discriminados por su origen familiar (arts. 13 y 42, inc. 6º); d) Todas las personas, padres e hijos, tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16); e) La pareja (los padres) tiene igualdad de derechos y deberes y la relación en la familia debe fundarse en el recíproco respeto entre todos los integrantes (art. 42, inc. 4º, 43); f) Los padres deben sostener y educar a sus hijos menores de edad (art. 42, inc. 8º); g) Los niños y niñas tienen derecho al cuidado y al amor y serán protegidos contra todo daño, abandono o peligro (art. 44); h) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para asegurar su desarrollo armónico e integral (art. 44); i) Todos los niños y niñas, tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 44).

El bloque de constitucionalidad

Los artículos 93 y 94 consagran además cómo los tratados y convenios internacionales, ratificados por Colombia, relativos a derechos humanos, hacen parte de la constitucionalidad nacional, y cómo los derechos enunciados en la Carta, por sí solos, no son los únicos que alcanzan el carácter de fundamentales, pues otros pueden existir, aunque no hayan sido expresamente enunciados.⁴

⁴ El fenómeno jurídico citado se ha venido a denominar «Bloque de constitucionalidad», y consiste en que la Constitución se convierte en un todo al aplicarse plenamente en Colombia los convenios o tratados internacionales, como si fuesen la norma superior en sí misma considerada. Es indudable la filosofía kelseniana, orientadora en relación con el valor de la norma y el deber ser de la misma. Ejemplo de derechos no enunciados expresamente en la Carta, son los de la «libre opción sexual» (autonomía al control del cuerpo, para aceptar el hetero, homo y bisexualismo), y «el derecho a conocer la verdadera filiación u origen» (toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus verdaderos padres, en cualquier momento de su vida [desde antes de nacer y hasta después de la muerte]).

Resalto en particular los siguientes tratados internacionales, suscritos por la República de Colombia:

- Declaración universal de los derechos humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas [O.N.U.], del 10-12-48).
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por la ley 74 de 1968.
- Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), aprobado por la ley 16 de 1972.
- Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobadas mediante la ley 51 de 1981 y su reglamentación, mediante el decreto 1398 de 1990.

Convenios todos que resaltan la defensa de los derechos fundamentales de los niños y de los padres, la formación de la familia, su carácter esencial en la sociedad y la formación o crianza de los hijos en cabeza de los padres.

Asistencia y protección del menor

Ya se advierte que corresponde a la familia, la sociedad y al Estado brindar al menor la asistencia y protección que requiera para su óptimo desarrollo y crecimiento personal. Ello se debe a que el menor, por sí y en sí, se encuentra en estado de indefensión o debilidad, es condición de sujeto de protección por ser una persona en formación. Por el solo hecho de ser niño (o niña), esto es, menor de 18 años, ya requiere de asistencia permanente, pues su inmadurez es de orden físico y psíquico. El asunto es: ¿quién le asiste y protege en la familia?

Para responder la cuestión tenemos que acudir nuevamente al Código Civil para buscar la concepción de «familia». El art. 874 responde diciendo:

«ART. 874.—El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos».

Situó don Andrés Bello la norma en el capítulo relativo a los derechos de Uso y Habitación y dijo lo que en 1996 vendría a repetir la ley 294, conocida como de «Protección, remedio y sanción, contra la violencia intrafamiliar».⁵

Ahora bien, si constituyen familia, los padres y los hijos (aunque los primeros vivan separados), las personas que habitan en el mismo inmueble y aún los empleados de la domesticidad del hogar, ya tenemos entonces quiénes son los que se han de ocupar del cuidado de los menores de edad.

Efectivamente eso es lo que ocurre en Colombia: el niño o la niña se encuentran bajo el cuidado personal, bajo la custodia de los padres, los parientes más próximos, las o los empleados del servicio, y algunas veces de los vecinos, la guardería privada o pública, la escuela (representando todos a la comunidad), o bien, en

⁵ Ley 294 de 1996: «Artículo 2o. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Para los efectos de la presente ley, integran la familia: a) Los cónyuges o compañeros permanentes; b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica».

hogares de paso, familias sustitutas, padre o madre sustituta, casa de protección u hogar infantil del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), que representa al Estado.

Cuando estas personas tienen al menor consigo, ya se está produciendo el fenómeno que se pretende estudiar: la custodia y cuidado personal están siendo compartidos!

La custodia compartida

Con este concepto de unidad entre padres e hijos, lo que se pretende es que la conducta de los adultos sea dirigida a aceptar que si el niño/a tiene «derecho a tener una familia y a no ser separado de ella», y que, si los padres viven separados, siendo obvio que los hijos estarán con uno u otro, se siga compartiendo su crianza, educación y establecimiento, como si realmente no estuviesen separados. La custodia se puede compartir por períodos más o menos largos, se puede pensar, por ejemplo, que sea por semanas (otros dirán que por meses o años y ello es válido). Los padres son quienes conocen cómo es su hogar, su sitio de residencia, con quién o quiénes ha de compartir el niño, cuál será su lugar en la familia, para descanso, estudio, recreación, actividades comunes, etc. Son los padres quienes decidirán o acordarán las reglas de procedimiento en la formación, vigilancia y control del menor: su actividad escolar, tiempo de elaboración de las tareas; visitas y control de salud, consumo de medicinas, etc.; y son los padres quienes se pondrán de acuerdo acerca del manejo del tiempo en y con el menor: horas de descanso, horas de placer, horas de dormir, obligaciones y deberes del menor, etc. Son los padres quienes han de dar instrucciones precisas al resto de la familia o empleado/a con quien va a compartir el menor su tiempo y actividades. Toda la familia se pliega al deber de formar adecuadamente al niño/a, acogiendo el principio de solidaridad familiar y respetando el derecho a la igualdad que asiste al menor (con relación a todos los niños que han de contar con sus padres para crecer).

Los padres para aceptar la custodia compartida han de reconocer, asimilar y comprender: a) Que el interés del niño es superior y por consiguiente las reglas y normas de formación deben ser iguales en ambos hogares (la igualdad dentro de la diferencia, esto es proporcional y razonable, puesto que cada familia tiene su forma de ser o «idiosincrasia»); b) Que el niño/a, andando el tiempo, irá manifestando sus deseos y contrariedades, sus angustias o ansiedades respecto del compartir hogares, y los padres deben irle e irse amoldando a los cambios, los cuales deben ser positivos para el crecimiento personal del menor; c) Que cada alternación de hogar y de personas bajo cuyo cuidado se encuentre el menor, generará unos puntos de conflicto emocional, que debe sobrellevarse o adecuarse a la conducta tanto del menor como de los padres. Así por ejemplo, el menor, al cambiar de casa, es afectado por el entorno familiar y social, tendrá unas actividades con el padre y sus familiares y otras con la madre y los suyos, lo que será notado por una familia u otra en cada cambio de casa. La tolerancia, el respeto, el amor, la justicia, la equidad, el cariño y comprensión deben ser valores y derroteros de entendimiento y... se logrará el ideal: la felicidad del menor y la de sus padres... aunque no vivan juntos!

Así entonces el problema por resolver tiene su enfoque: *¿La custodia compartida es posible en el sistema jurídico actual en Colombia?* Subproblemas serían: *¿Se puede libremente acordar custodia compartida por los padres? ¿Puede imponerse por sentencia judicial la custodia compartida?*

Aspectos jurídicos del problema

Cuando la Constitución de 1991 comenzó a regir, se empezaron a presentar demandas de divorcio de matrimonio religioso⁶ en varios lugares del país, y algunos jueces aventajados, aplicando el valor constitucional «Justicia» (léase: «Derecho de libre acceso a la justicia», art.

⁶ Constitución Nacional, art. 42, inc. undécimo: «Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil».

229 C. N.), asumieron el conocimiento de los mismos y los fallaron, declarando la cesación de los efectos civiles de los mismos. Los notarios inscribieron tales sentencias en los libros del registro del estado civil. No requirieron los jueces de ley alguna para actuar constitucionalmente y... desde ese momento se vislumbró el poder de la nueva Constitución que llegó para hacer realidad el derecho en la vida material de los colombianos.⁷

Pues bien, el derecho ahora por defender y aplicar es el del niño «a tener una familia y a no ser separado de ella» (art. 44), con un fundamento adicional, su derecho a recibir «Amor» de la familia, la sociedad y el Estado.

La respuesta al asunto es entonces positiva, pues es posible para el juez llegar a aplicar la disposición constitucional protegiendo el interés superior del menor, en un caso en particular sometido a su juicio. Pero ni se crea que llegar allí es tan sencillo como lo que fue la historia del divorcio. No. Se requiere de todo un proceso de coparticipación en donde la familia colabora y asiste intensamente al juez en su investigación. Ya se volverá al punto.

La justicia formal, la justicia alternativa

1. La custodia y cuidado personal de los hijos menores de edad, cuando origina un conflicto entre los padres, sintiéndose ellos incapa-

⁷ El tiempo les dio la razón a los jueces que atendieron el principio de la «prelación del derecho sustancial ante el procesal» (art. 228 C.N.) y acogieron tales demandas, pues la ley 25 de 1992 (ley del divorcio en Colombia) vino a ratificar su actividad al decir en el artículo 14 transitorio: «Las sentencias proferidas con fundamento en las causales de la Ley Primera de 1976, por aplicación directa del inciso undécimo del artículo 42 de la Constitución, tendrán todo el valor que la ley procesal les señala». Lo irónico del caso fue que la Corte Suprema, en una providencia que nada tenía que ver con el asunto, dijo en 1992 que la norma era programática y requería desarrollo legislativo, siendo inaplicable por «no tener aptitud para operar por sí sola» (Sala de Cas. Civ., Auto del 29-01-92, magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta).

ces de resolverlo, da lugar a que estimen necesario acudir al sistema de administración de justicia estatal. Pues bien, lo primero que encuentran es que deben intentar conciliar en derecho,⁸ y es allí en donde se presenta la primera oportunidad de sustentar —el conciliador— y negociar —los padres— la custodia compartida de sus hijos. Si la conciliación fracasa acuden a la jurisdicción, al litigio y... ya en proceso, se puede intentar nuevamente la negociación de la diferencia en derecho. Se puede intentar la conciliación a instancia del juez que de oficio cita a las partes o a solicitud de las mismas.

2. Ya planteado el litigio, puede el juez buscar el punto alternativo de la custodia compartida, como ya se anunció arriba, mas para ello debe indagar suficientemente todo lo relativo a la vida del menor; entorno familiar, forma de vida, actividades y lugares en donde las realiza; edad y madurez psicológica del niño/a, gustos y aficiones, horarios de descanso y actividad; condiciones de salud física y mental, la relación interpersonal con cada uno de los progenitores, etc. En torno a los padres debe averiguarse su nivel de ingresos y egresos, la perspectiva de su relación con el niño/a, la clase de trabajo que realizan, su utilización del tiempo, tiempo real invertido en el hijo/a, desplazamiento y medios para visitar, llevar o traer al menor; con quiénes convive y cuál es la actitud de estas personas —consanguíneas o no— para con su hijo/a; vivienda y alimentación, estadía del menor en su hogar, etc., etc. El despliegue probatorio tiene entonces un nivel de exigencia bien alto para que sea asumido sólo por el juez, sin la colaboración de las partes.⁹

⁸ Lo que pueden hacer ante los comisarios de familia, defensores de familia, defensoría del pueblo, procurador para la familia, conciliadores de los centros de conciliación o notarios, y, excepcionalmente ante los jueces municipales o promiscuos municipales, en sitios que no fueren cabecera del circuito y no hubiere comisarios de familia (Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, y 640 de 2001).

⁹ Desarrolla en este punto una tarea importante el o la trabajadora social que asiste a cada despacho judicial, pues el juez va a mirar por sus ojos, la actividad del y entorno al niño/a.

3. El Estado ofrece igualmente la Justicia Informal o Justicia Alternativa, que tiene como su máximo exponente para resolver los conflictos la *conciliación*; y ahí sí que se pueden hacer cosas hermosas en torno a la familia.

La custodia compartida puede perfectamente trabajarse en este campo. Todos los conciliadores citados y los conciliadores en equidad, a más de los jueces de paz, tienen allí una fuente inagotable de actividad, por una razón muy buena: pueden conciliar en derecho o en equidad, pueden aceptar los acuerdos libres de las partes, pueden cambiar los esquemas rígidos que vienen gobernando desde lo formal y crear cultura que trascienda hacia el respecto, la tolerancia y el amor en el mundo de la familia.

Prima en la conciliación la libertad negocial de las partes, la autonomía de la voluntad respecto de la formación, crecimiento y desarrollo de los hijos, por parte de los padres, distinguiendo así el proceso o la judicialización de la querrela del conflicto mismo, que es asunto diferente, y que, resuelto amigablemente, une a las partes y democratiza las relaciones de poder dentro de la familia. Se hace realidad el postulado según el cual los divorciados son los casados, mas no los padres, porque a pesar de la separación, siguen siéndolo para sus hijos.

Los obstáculos legales en la custodia compartida

Los derechos en torno a los menores se interrelacionan, con independencia de la intención de los padres. Esto se expresa en el cruce de procesos para resolver conflictos en torno a los derechos de custodia y cuidado personal, los alimentos, el régimen de visitas y el permiso o autorización de salida del país entre padres. Cuando un sujeto (generalmente la madre) demanda alimentos para sus hijos menores de edad, el padre puede responder con un asunto de custodia, y ella puede iniciar uno de visitas para intentar regular la relación de su hijo con el padre. A su vez, si uno de los dos padres está fuera del país

y ha establecido una nueva relación de pareja estable, o tuvo logros económicos, y por consiguiente desea llevarse al niño/a, puede demandar el permiso de salida del menor. Esta interrelación de derechos constituye un obstáculo en la relación formal entre la madre y el padre del menor o menores, y, naturalmente, atenta contra la intención de «custodia compartida» propuesta.

Surge entonces un derecho, el de mayor poder entre todos los relativos a la crianza, educación y establecimiento de los menores: la Patria Potestad.¹⁰ La autoridad parental encierra en su ejercicio todos los derechos antes citados y por eso algunos colegas empiezan a ver el asunto con una nueva óptica, aduciendo que la naturaleza de los procesos de custodia, visitas, alimentos y permiso de salida del país debe ser revisada, lo que puede fácilmente conducir a «un nuevo orden procesal» que determine el verdadero trámite a seguir. No se adelanta más el punto, para no apartarse del tema central.

La custodia compartida y las clases sociales

¿Será que la custodia compartida es válida o aplicable solamente para los estratos altos de la sociedad? La respuesta categórica es NO. La vida humana se desarrolla en todos los niveles socioeconómicos, y desde los barrios más pobres y las «villas de miseria» hasta los hogares más acomodados o conjuntos residenciales millonarios, los niños y las niñas, en forma permanente, están siendo dejados bajo el cuidado de vecinos, familiares y empleados. En todos los estratos sociales hay padres y madres que día a día aman a sus hijos, los fortalecen y socializan.

La custodia compartida puede ser aplicada sin distinción alguna, pues nace del acuerdo libre de los padres.

¹⁰ Que así se sigue llamando a pesar de la igualdad constitucional y legal de los hombres y las mujeres. El proyecto fracasado de reforma al Código del Menor adelantó la acepción de «Autoridad parental», nombre totalmente apropiado a la condición de la familia contemporánea.

El papel de los abogados y el conciliador en la negociación de la custodia compartida.

Si la propuesta del compartir nace de uno de los progenitores, debe ser tenida en cuenta de inmediato por el conciliador y de esa postura deben ser respetuosos los apoderados, cuya misión es coadyuvar a que las partes transen sus diferencias y logren acuerdos beneficiosos para el menor.

Por otra parte, los apoderados, manejando adecuadamente el tema, pueden proponerles a sus clientes compartir la custodia, como alternativa de negociar las diferencias y resolver el conflicto. No deben olvidar que el derecho de familia es variable y cambiante y se debe buscar el acercamiento entre los adultos, como padre y madre de familia.

El abogado/a hoy debe saber que la actividad conciliatoria también causa honorarios y debe cobrar por su actividad, salvo que esté realizando servicio de abogado de pobres o asistencia voluntaria, libre y popular, o porque sea estudiante de derecho.

El conciliador, a su turno, ante el freno de la negociación del conflicto porque las partes no aceptan sus mutuas propuestas, manejando el tema de la custodia compartida e indagando suficientemente a las partes, por preguntas directas o circulares, está en la obligación de presentar propuestas y una de ellas puede ser la que aquí se trata.

Los miedos de la judicatura para aplicar la custodia compartida

A pesar de todo lo dicho hasta aquí, en las condiciones actuales difícilmente se puede encontrar un juez que imponga la «custodia compartida» como decisión de fondo en una controversia de custodia y cuidado personal del menor, por varias razones:

a) No existe disposición legal que lo autorice. Los jueces siguen llamándose a sí mismos «aplicadores legales» (a los jueces penales les

encanta tal expresión y la usan frecuentemente en sus providencias). Así entonces, si la ley no lo dice, nadie lo hace.

b) La Constitución sigue siendo para muchos jueces un contrato social, que requiere desarrollo legislativo. Si no hay ley, eso no existe. Nadie quiere ver más allá del alcance de sus ojos, hasta la punta de su nariz. Recuérdese la nota No. 7 de este texto: los jueces aplicadores de la Constitución fueron unos poquitos.

c) Hay mucho miedo y es natural: me pueden calificar mal mis superiores, me pueden denunciar por prevaricato (uno de los padres o ambos!).

d) A una providencia que imponga tal decisión le cabe redondita una acción de tutela de quien se muestre inconforme con la medida y... hasta del niño, si aduce que no fueron tenidos en cuenta su versión y deseo.¹¹

A manera de conclusión

- La custodia compartida de hecho ha nacido de la vida colectiva, de la vida social y familiar de los colombianos. Opera en todos los estratos sociales.

- La custodia compartida tiene sustento constitucional, de bloque constitucional y legal, pudiendo ser aplicada por vía de interpretación por el juez en familia.

- Es en la conciliación, en derecho o en equidad, donde pueden darse los acuerdos libres por los padres en torno a las con-

¹¹ El niño puede ser oído en el proceso por derecho propio si su edad es superior a doce años, pues se sitúa en el rol de testigo de su propia causa (art. 215-1 del C. de P.C., art. 34 C.C.). El asunto por vía de tutela es bien complejo por cuanto se puede aducir que el juez no atendió la pretensión de la demanda, en donde la parte solicitaba la custodia «en exclusiva» y para sí, por defecto «material o sustantivo», puesto que aplica una norma inexistente o el fallo carece absolutamente de fundamento jurídico.

diciones de operación de la custodia compartida. La justicia alternativa puede mostrar buenos resultados en la materia.

- En el proceso, sigue siendo difícil imponer como fallo judicial la custodia compartida, pues se presentan muchas dificultades para su entendimiento y comprensión como beneficio para el menor.

- Debe buscarse una reforma legislativa al Código del Menor y a la ley civil.

- La actividad de los abogados y conciliadores puede ser desplegada a favor de los derechos del niño/a, proponiendo solucionar los conflictos entre padre y madre de familia con la custodia compartida.

- ¡Todo niño o niña tiene derecho a crecer en cercanía con sus padres, tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella!

ANÁLISIS CONCEPTUAL Y COMPARATIVO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

OLGA LUCÍA RESTREPO*

Introducción

Comenzaré mi exposición citando una reflexión del jurista Álvaro Ortiz Monsalve, quien en su nota preliminar al texto *Derecho civil: Parte general y personas*, expresa:

La labor del intérprete no puede reducirse a descubrir cuál fue el estado de la cultura vigente en determinado tiempo, sino que debe adaptarla a las necesidades actuales. El jurista no es el que tiene facultades especiales para repensar

* Abogada de la Universidad de San Buenaventura de Cali, especializada en derecho de Familia en convenio de la Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín y Universidad de San Buenaventura de Cali. Abogada litigante y profesora de pregrado en la Facultad de derecho de la Universidad San Buenaventura y en el Programa de derecho de la Universidad Icesi. Docente en la especialización de Familia de la Universidad del Valle.

lo que otros han pensado en el pasado, sino el que tiene talento para pensar de nuevo según las concepciones culturales de la época presente; y en este pensar de nuevo, hacer servir las ideas a los hechos actuales. En síntesis: adaptar y crear.¹

Romper paradigmas es un reto constante de la academia. De allí la justificación de este espacio de reflexión convocado por la Universidad Icesi, para cumplir con la misión de influir en el entorno social, del cual la familia es núcleo fundamental.

Sin embargo, esta tarea sería árida si no se adelanta mancomunadamente con personas como ustedes, quienes en su calidad de jueces, magistrados/as, abogados/as, trabajadores sociales, terapistas, y estudiantes, enfrentan la problemática de los conflictos familiares y la responsabilidad de brindar soluciones que correspondan a una realidad en constante cambio, tarea que debe apoyarse en una interdisciplinariedad necesaria.

Planteamiento del problema

La familia, en su devenir histórico, se ha caracterizado por procesos de transformación en cuanto a su conformación y relaciones, acelerados a partir de la segunda mitad del siglo XX por la influencia de múltiples factores, entre los cuales vale la pena destacar los siguientes:

- El ingreso de la mujer a la vida académica y laboral, condición que demandó una redefinición de los roles tradicionales de padre y madre, en los cuales la regla general era un padre proveedor, por fuera del hogar la mayor parte del tiempo, y una madre dedicada al cuidado y crianza de sus hijos e hijas.

- El divorcio y la separación, como solución a complejas situaciones familiares y de pareja.

- La procreación sin convivencia permanente y estable de la pareja.

En consecuencia, la familia nuclear ha entrado a compartir espacios con otras, como el caso de padres separados o divorciados con hijos menores, que de forma paralela exigen repensar los esquemas de relaciones socio-familiares. El derecho no puede ser ajeno a este requerimiento.

Es indudable que la mejor oportunidad para los hijos es crecer al lado de su padre y su madre en el seno de un hogar estable, organizado sobre la base del respeto y cariño entre sus miembros. Sin embargo, esto no siempre es posible. Por eso debemos ofrecerles condiciones que les garanticen, según las características de su grupo, una relación sólida con ambos padres para el ejercicio efectivo de la relación paterno y materno filial, toda vez que este es un derecho que no debe depender de la continuidad de la pareja por cuanto colocaría a los hijos en una condición de inferioridad frente a quienes conviven bajo el mismo techo con ambos padres.

La tradición en las decisiones judiciales muestra cómo, en condiciones de igualdad de los padres en cuanto al ejercicio de sus responsabilidades, se decide por un modelo de custodia única, generalmente en cabeza de la madre, con visitas restringidas para el padre, partiendo del supuesto que esta decisión garantiza la estabilidad y el interés superior del niño, e incluso admitiendo el traslado de residencia con la madre a otra ciudad o país por motivos de trabajo o de estudio, o por la conformación de un nuevo hogar.

Esto posiblemente fue válido para una época en que la mujer tenía el mayor tiempo y la mejor disposición para atender a sus hijos e hijas, pero hoy, cuando ambos padres deben repartir el tiempo entre sus obligaciones laborales, personales, y familiares, el criterio debe revisarse ante el requerimiento de padres que, con una gran dosis de compromiso en el proceso de formación de sus hijos, claman por un reconocimiento equitativo en las decisiones de custodia en beneficio de la descendencia y del suyo propio.

¹ Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil* (T. 1): "Parte general y persona", (15 Ed.), Bogotá, Temis, 2002, p. 1.

Son aquellos padres los que, frente a las nuevas realidades en las relaciones familiares, intervienen de manera constante y diligente en la educación y atención de los/as hijos/as, los que han acompañado a su pareja en el embarazo y el parto, asisten al pediatra, al jardín, al colegio, ayudan en las tareas académicas, alimentan, y participan de un sinnúmero de actividades más que se presentan en la cotidianidad.

Sin embargo, cuando su relación de pareja no funciona, se les exige que asuman sus responsabilidades económicas a cabalidad, pero que en lo personal retrocedan a un modelo de padre que nunca fueron. Se les exige, además, que rompan la cotidianidad y las relaciones que en ella se construyen, convirtiéndose en padres de fin de semana y eventualmente de una que otra visita semanal, si es que no son padres de vacaciones cuando la madre y sus hijos residen en otro lugar. Esta situación provoca sentimientos de frustración e impotencia, transformados en un bumerán que en el corto o largo plazo termina afectando a sus hijos/as.

La custodia

La significación y manejo de la custodia requiere un análisis integral de la organización familiar en el derecho internacional,² la Constitución,³ el Código Civil,⁴ el Código del Menor⁵ y el Código de Procedimiento Civil,⁶ así como en pronunciamientos jurisprudenciales.⁷ En el material anterior he reconocido los siguientes puntos de interés:

²Especialmente, la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor de forma general el 2 de septiembre de 1990.

³En particular, los artículos 5, 13, 42, 43 y 44.

⁴Por ejemplo, el artículo 253.

⁵Especialmente, los artículos 3, 6, 20 y 70.

⁶En concreto, el artículo 444.

⁷Se destacan, en el orden nacional, las siguientes providencias: sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de marzo 10 de 1987 y de febrero 12 de 1992; sentencias de la Corte Constitucional T-523 de 1992, T-290 de 1993, T-116 de 1995 y T-442 de 1994.

1. Reconocimiento y protección de la pluralidad en cuanto a los modelos de familia.
2. Igualdad del hombre y la mujer.
3. Aplicación de principios de equidad e igualdad en las relaciones familiares.
4. Protección del interés superior del menor y de su derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
5. Ejercicio conjunto y solidario por los padres del cuidado y crianza de sus hijos e hijas.
6. Conceptualización del significado de custodia, en términos de un derecho derivado de la autoridad paterna, que se traduce en el oficio o función mediante el cual se adquiere poder para criar y educar; estas facultades comprenden la posibilidad de orientar, conducir, formar hábitos, dirigir, y disciplinar la conducta de un menor.
7. Competencia de las autoridades judiciales en los procesos de separación y divorcio para definir la custodia de hijos menores en favor de uno o ambos padres, previa valoración de la situación particular de la familia, con el fin de identificar quién o quiénes están en condiciones de proporcionarle al menor la seguridad que requiere para su desarrollo armónico e integral, procurando mantener condiciones similares a las que tenía el menor antes de la ruptura.
8. Escuchar la opinión libre y espontánea del menor.

Toda vez que no se encuentra disposición legal que señale la custodia monoparental como modelo único de aplicación, que la ley no favorece a la madre, como tampoco favorece al padre, y que el cuidado personal del menor debe resolverse en beneficio de sus intereses, surge la siguiente pregunta: *Frente a unos padres responsables y comprometidos, ¿podrá haber mejor interés para un menor que tener la oportunidad de compartir de manera equitativa, con ambos padres, su proceso de crecimiento y maduración?*

Es el momento para proponer y que empecemos a considerar la *custodia compartida* como facilitadora de la integración familiar.

Custodia compartida

Compartir la custodia significa formular un acuerdo a partir de las circunstancias particulares de cada familia, para que hijos e hijas tengan los espacios necesarios, en términos de calidad y cantidad, que les permitan construir una relación sólida, íntima y equitativa con ambos padres, y que les facilite a los padres el ejercicio solidario y conjunto de las labores de cuidado y crianza.

Al modelo propuesto puede llegarse por dos caminos:

1. Cuando los padres en ejercicio de su autonomía así lo disponen.
2. Por decisión judicial, con participación de las partes y apoyo interdisciplinario.

En todo caso, como estas decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada, al cabo de un tiempo puede revisarse su conveniencia, en beneficio del menor.

Me permitiré citarles dos ejemplos de parejas con las cuales hemos trabajado un régimen de custodia compartida; una, cuatro años atrás y la otra, desde hace dos:

1. Padre y madre divorciados, residen en Cali, un hijo de siete años y una niña de cinco. Residencia de base con la madre, una noche en la semana en casa del padre, fines de semana alternos, y comparten la mitad de los periodos de vacaciones escolares. Además, el padre puede recoger a sus hijos en la semana y regresarlos donde la madre, sin interferir con sus labores escolares y extracurriculares. Las partes expresan lo positiva que ha sido la experiencia de tener un día en la semana en el que el padre duerme con sus hijos; esto le ha permitido afianzar su autoridad y compromiso, al contribuir con las tareas, hacer respetar horarios claros, llevarlos a sus clases extracurriculares. El modelo ha ayudado a identificar a ambos padres como referente disciplinar y afectivo.

2. Padres divorciados con un niño que hoy tiene diez años. Acordaron la custodia compartida con una residencia durante dos años con la madre, al cabo de los cuales se trasladó dos años

con el padre. Hoy ha regresado a Bogotá. Manifiestan lo positivo que fue para el menor la posibilidad de construir una relación sólida con el padre, que les permite, a pesar de la distancia, tener gran empatía y comunicación.

En Colombia se han expresado reservas en cuanto a la aplicación de la custodia compartida, unas veces fundadas en el temor que genera aplicar soluciones nuevas, otras en experiencias de vida que descalifican la necesidad de una presencia paterna proactiva. En otros casos las reservas se han debido a la falta de elementos de estudio suficientes que ilustren sobre las bondades y limitaciones de su aplicación.

Tal vez la mayor objeción radica en la inestabilidad que le supone al menor. Sin embargo, la custodia única tampoco ha mostrado ser garantía de eficacia en este aspecto, situación que es evidente para quienes trabajamos con familias separadas.

Resulta irónico, y a la vez interesante, el exceso de celo sobre la custodia compartida, que no se ha ejercido en relación con el régimen tradicionalmente adoptado tras el divorcio, es decir, custodia exclusiva para la madre y visitas los fines de semana y en vacaciones para el padre. Los conocimientos teóricos sobre el desarrollo y las relaciones ya debieron de haber alertado a los profesionales de la salud mental acerca de las potenciales consecuencias inmediatas y a largo plazo que tiene para el niño el menor contacto con uno de sus padres. Sin embargo, hasta hace poco 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 resultaban insuficientes para el desarrollo y la estabilización de muchos hijos y padres.

Custodia compartida en el derecho comparado

La custodia compartida no es sólo una opción viable sino una práctica consolidada en diversos países que, a pesar de sus diferencias culturales, ven en ella un instrumento efectivo para el ejercicio equitativo de las funciones paterno filiales, en beneficio

del interés superior del menor, de su derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Con esta forma de custodia evitan, además, un trato discriminatorio en cuanto a las oportunidades de los hijos frente a menores cuyos padres continúan juntos.

Entre los países que podemos citar están:

- **FRANCIA:** Antecedentes, debates parlamentarios y texto de ley sobre autoridad parental compartida.

- **EE.UU.:** Legislación de una veintena de estados rotundamente favorables a la custodia compartida y a la igualdad de derechos y responsabilidades tras la separación.

- **CANADÁ:** Informe del Comité conjunto sobre custodia compartida, probablemente la más ambiciosa iniciativa parlamentaria, que tras largos debates se plasmará próximamente en una nueva ley de divorcio.

- **SUECIA:** Régimen legal de custodia compartida, al cual se puede acceder por acuerdo entre los padres o por decisión judicial. Se parte del supuesto que frente a padres con igual dosis de compromiso el mejor interés del niño está en tener contacto frecuente con ambos; otro supuesto es que, salvo prueba en contrario, ninguno de los padres es más idóneo que otro por razón del sexo.

- **ITALIA.** En curso iniciativa parlamentaria que se prevé acabará en una nueva legislación sobre custodia compartida.

- **PUERTO RICO:** Ley que favorece la presunción de custodia compartida como principio de favorabilidad para el menor y de igualdad para los padres; sobre quien se opone recae la carga de probar su inconveniencia.

- **ESPAÑA:** Iniciativa parlamentaria en trámite.

Me referiré en particular a los casos de Francia y de Estados Unidos.

FRANCIA

En febrero de 1999, un fallo del Tribunal de Apelaciones de París precisó que el sistema clásico de residencia principal con un

derecho de visitas contribuía a debilitar la relación entre el hijo y el padre al romperse la convivencia. Además, señaló la residencia alterna como una opción para garantizar el ejercicio una coparentalidad efectiva en procura de luchar contra la precarización de las funciones parentales. Esta decisión, a la par de otras similares y de una amplia discusión nacional de carácter interdisciplinario, sirvió de antecedente a la ley 305 del 4 de marzo de 2002 sobre coparentalidad, que introdujo cambios sustanciales en la reglamentación jurídica de la familia y en la convivencia de las mismas.⁸ La ley dispuso lo siguiente:⁹

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 hubiese desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional la residencia alterna durante un plazo determinado, al término del cual 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.

En caso de desacuerdo el juez tratará de conciliar a las partes, ordenándoles incluso que se dirijan a un mediador familiar.

En su decisión el juez tendrá en cuenta:

1. Las prácticas seguidas por los padres.
2. Los sentimientos expresados por el niño.
3. Aptitud de los padres para asumir sus responsabilidades.
4. Resultados de la exploración pericial.

⁸ Ver la versión oficial en: < <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/ARECB.htm> >

⁹ Las ideas siguientes corresponden al artículo 5, sección V, que añadió un párrafo tercero («De la intervención del juez en los asuntos familiares») al *Código Civil*, adicionando los artículos 373-2-6 al 373-2-13.

5. Otros datos obtenidos en encuestas sociales.

Los fundamentos de la ley son:

1. Anteponer el interés superior del niño a cualquier otro interés, definiendo un *derecho común* para hijos de padres unidos y separados que garantice el contacto efectivo y continuo con ambos, toda vez que el niño tiene derecho a ser educado por su padre y por su madre independiente de su vínculo.

2. Igualar la responsabilidad parental entre padre y madre para consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres.

3. Promover la coparentalidad para permitir a los padres y las madres el establecimiento de un equilibrio entre la vida personal, social y profesional.

ESTADOS UNIDOS¹⁰

Es política de Estado garantizar el contacto frecuente y continuo con ambos padres. En tal sentido existe una ley uniforme sobre la jurisdicción y aplicación de custodia de los niños, de 1977, que recomienda su contacto asiduo y significativo con ambos padres tras la separación.

La *custodia compartida*, denominada *joint custody* o *shared custody*, en los últimos años, y en particular a partir de los ochenta, ha ganado terreno de forma imparable hasta el punto de ser ya la fórmula adoptada como *presunción inicial* para realizar el mejor interés del menor en casi 20 estados que han incorporado el modelo dentro de sus legislaciones sobre divorcio, entendiendo en la continuidad de la relación con los padres un derecho fundamental del niño.

¹⁰ Los siguientes son recursos electrónicos sobre la custodia compartida en Estados Unidos:

<<http://www.gocrc.com/research/jcbib.html>>,
<<http://www.cyfc.umn.edu/Documents/G/B/GB1021.html>>,
<<http://www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.htm>>, y
<<http://members.tripod.com/~mdcrc/jcbib.html>>.

La normatividad sobre divorcio en estos estados prohíbe de manera expresa a los tribunales, en las decisiones sobre derechos y responsabilidades de los padres, conceder preferencias a uno de los progenitores respecto del otro en atención al sexo de estos o a la edad o sexo del hijo, toda vez que se considera que ninguno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia del hijo en perjuicio del otro.

En Norte América se distinguen tres tipos de custodia:

1. Custodia monoparental.
2. Custodia legal conjunta: los padres comparten el derecho respecto de todas las cuestiones de importancia que afectan al niño o la niña y comparten, para posibilitar su ejercicio, un régimen amplio de convivencia.
3. Custodia física conjunta: los padres comparten el tiempo de residencia con el niño aunque no tengan forzosamente la misma duración; sin embargo, se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo del progenitor con quien menos tiempo pasa.

Los estados que tienen legislación expresa sobre la custodia compartida son 17: Maine, Iowa, Oklahoma, Kansas, Idaho, Alaska, Illinois, Missouri, Pennsylvania, Nevada, Montana, Mississippi, Florida, Wisconsin, Texas, Alabama y Michigan.

Las estadísticas consultadas muestran que en estos Estados un 35% a 50% de las parejas divorciadas tienen custodia conjunta.

Consideré importante presentarles algunos datos sobre investigaciones realizadas en ese país desde el año ochenta que han permitido identificar las bondades del sistema:

1. 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.

2. 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. Departamento de salud e higiene mental de EE.UU.]. Marzo de 2002.

Análisis de 33 estudios en el que se compara la adaptación de los niños en contextos de custodia conjunta y de custodia exclusiva. Sobre los casos de custodia compartida, el autor concluye:

- a. Mayor adaptación que los niños en régimen de custodia exclusiva.
 - b. Menores niveles de conflictividad en las relaciones de padres con custodia compartida.
3. 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. Diario de la Academia Americana de Psiquiatría del Menor y el Adolescente]. 2000. Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry, 39, 963-973.
 - a. En relación con la custodia y el régimen de visitas, la actitud de la

- madre determina sustancialmente la eficacia de la participación paterna tras el divorcio.
- b. Mejor rendimiento escolar después del divorcio respecto de aquellos que mantienen contacto asiduo con su padre.
4. 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. Tesis doctoral de la Universidad Estatal de New York]. Doctoral thesis (1980). State University of New York at Buffalo. UMI No. 80-27618.
 - a. La mayoría de los hijos dentro del estudio realizado, 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.
 - b. Se constató una mejor relación de los hijos con sus progenitores en situaciones de custodia compartida.
 5. S.A. Nunan. Joint Custody versus Single Custody Effects on Child Development. [Efectos de la custodia compartida, comparada con la custodia exclusiva, en el desarrollo del niño. Tesis doctoral de la escuela de psicología de la Universidad de Berkeley]. Doctoral thesis (1980). California School of Professional Psychology, Berkeley, UMI No. 81-10142.
 - a. 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.
 - b. 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.

6. 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 5 a 12 años en el periodo inicial de separación o divorcio.

- a. 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.
 - b. En el caso de las niñas, la custodia compartida coincidía con niveles de autoestima notablemente más altos.
7. 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.
- a. 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.
 - b. 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.
 - c. Tanto los padres como las madres reconocieron que la desigualdad en las atribuciones de custodia inhibía la cooperación entre los progenitores.
8. B.H. Granite. *An Investigation of the Relationships among Selfconcept, Parental Behaviors, and the Adjustment of Children in Different Living Arrangements Following a Mari-*

tal 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.

- a. Se estudió la situación de 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.
- b. 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.
- c. En esos casos, la falta continuada de relación con el padre se experimenta como un rechazo por parte de él, presentándose con frecuencia una menor autoestima, actividad sexual precoz, mayores comportamientos de tipo delictivo, y mayores dificultades para establecer relaciones heterosexuales gratificantes y duraderas en la edad adulta.

COLOMBIA

Son poco o nada los datos sobre la custodia compartida, por lo joven del concepto entre nosotros. Sin embargo, consulté a la doctora Liliana García de Carvajal, prestigiosa psicóloga de un colegio de la ciudad de Cali, y sobre las bondades e inconvenientes observados en menores con un sistema de custodia compartida manifestó:

Cuando los padres se separan, la mayor preocupación que tienen los niños pequeños es la posibilidad de sentirse abandonados por parte del progenitor que se marcha de la casa, y este, en la mayoría de los casos, es el padre. Los niños consideran que así como se «acaba» la relación de pareja, también la relación de los padres con los hijos/as se

puede acabar y que por lo tanto sus padres también los pueden dejar de querer, generando en ellos altas dosis de ansiedad.

El hecho de que los progenitores se pongan de acuerdo para compartir la custodia le asegura al niño/a que tanto su padre como su madre seguirán a cargo de él/ella, que lo seguirán queriendo y que a pesar de las dificultades y problemas que puedan existir en la pareja, en lo que sí están de acuerdo es en continuar asumiendo su rol de padre y madre con responsabilidad y dedicación. La custodia compartida les produce a los niños un gran alivio en medio de la tristeza que los embarga cuando sus padres se separan, pues los niños viven un duelo ante la pérdida y, gracias a este acuerdo, se le garantiza al menor que la relación con ambos padres seguirá estable y que ambos lo seguirán protegiendo y queriendo.

En aquellos casos en que los padres han optado por un sistema de custodia compartida, se observa que se minimizan los efectos negativos que tiene la separación en los niños, como son los temores nocturnos, bajo rendimiento académico, conductas agresivas, llanto, inseguridades, y baja autoestima. Una hipótesis a tener en cuenta es la de que es posible que aquellos padres que optan por la custodia compartida tienen claro que su misión de padres es una responsabilidad prioritaria y que por encima de las dificultades que puedan existir con su pareja, en lo que sí coinciden es en continuar asumiendo de manera responsable y compartida su función de padre y madre.

Conclusión

Valorar la custodia compartida no es hacer de ella ni una panacea ni una obligación y mucho menos expresar la idoneidad absoluta de un modelo de organización tras la separación, simplemente es reconocer como legítimas las aspiraciones crecientes a un mejor equilibrio del tiempo compartido y dedicado al niño, que facilite la relación triangular de la referencia familiar, es incitar a los padres a organizarse de forma responsable como adultos y prohibirse a sí mismos usar al niño como arma de guerra y así herir al otro.

Aspectos psico-sociales de la custodia compartida

omar fernando salazar*

Buenos días. Ustedes seguramente se preguntarán qué hace un psiquiatra aquí; yo también me pregunto lo mismo. Mencionábamos ahora con el doctor Gaviria que la psiquiatría y el derecho tienen mucho en común: la psiquiatría es la especialidad de la medicina que trata las enfermedades mentales que afectan el comportamiento de los seres humanos, y el derecho, a través del aparato judicial del Estado, trata de regular el comportamiento de los individuos en sociedad, buscando el bien común. Es decir, que ambas tienen en común que estudian el comportamiento humano.

En mi ponencia voy a hablar de tres aspectos: de unos teóricos, que sustentan la pertinencia de considerar la custodia comparti-

* Médico Psiquiatra especialista en niños y adolescentes. Médico Cirujano de la Universidad del Valle (1990). Especialista en Psiquiatría de la Universidad del Valle (1996). Especialista en niños y adolescentes de la Universidad del Bosque de Bogotá (2001). Profesor auxiliar de la Facultad de Salud de la Universidad del Valle. Profesor auxiliar de la Universidad CES de Medellín. Médico Psiquiatra de la Fundación Valle del Lili de la ciudad de Cali.

da, es decir, en qué se basa (en cuanto a la teoría psiquiátrica) la necesidad de regular la relación entre los hijos y sus padres; luego mencionaré algunos aspectos clínicos, principalmente observaciones de hechos que ocurren cuando los padres se separan, qué pasa con los padres y qué pasa con los hijos; y finalmente voy a hablar un poco del papel que juega el psiquiatra o el psicólogo en estos procesos. Para efectos de esta presentación, me van a perdonar los expertos en género. Cuando diga padres entiéndase padre y madre; cuando diga hijo, entiéndase hijos e hijas. También para efectos de la presentación, me van a perdonar los psicólogos. Cuando diga el psiquiatra, también incluyo al psicólogo forense.

1. Relaciones entre padres e hijos: perspectiva psiquiátrica

Los psiquiatras tenemos siempre la costumbre que cuando vamos a empezar a hablar de un tema mencionamos primero a Freud. De los autores que han influido sobre la psiquiatría moderna, quien primero mencionó la importancia de la relación entre los padres y los hijos fue Freud. En la teoría psicoanalítica, Freud postulaba, por ejemplo, que la relación con el hijo es única, no tiene paralelo, y se establece para toda la vida, y que esa relación única entre la madre y su hijo (la madre en particular) es el molde sobre el cual se construyen todas las demás relaciones afectivas a lo largo de la vida. Menciona Freud que esto ocurre porque la madre suplente las necesidades físicas del niño, gratificándolo, y el niño busca, por una tensión orgánica, satisfacer sus necesidades físicas.

En cuanto al rol del padre, la teoría freudiana es en este sentido inicialmente muy parca, le da un papel bastante periférico. Los apegos iniciales son más fuertes con la figura primaria de apego que es la madre. Posteriormente, durante la crianza, el padre entra a jugar el papel de la norma; el padre representa la autoridad y le permite al individuo proyectar la norma, ayudándole así a desarrollar el respeto por la autoridad y la conciencia moral, lo que en

la teoría psicoanalítica se denomina el super yo. Finalmente, cuando el hijo empieza a crecer, desafía al padre, por el amor a la madre, y están además los deseos inconscientes de tener relaciones sexuales con la madre y de matar al padre, lo cual constituye el cuadro edípico; ese es el papel que juega el hombre en la teoría psicoanalítica.

Después de esta teoría vinieron muchos otros teóricos: vino la psicología del yo, vino la psicología cognoscitivo-conductual, y vinieron las teorías del aprendizaje. Además, hay un cuerpo teórico muy interesante que es la teoría del apego; ella explica la naturaleza importante de la relación de las madres, los padres y los hijos. La teoría del apego la define como el vínculo emocional duradero que une una persona con otra, y que se manifiesta como el esfuerzo por buscar la proximidad y el contacto con la figura de apego, especialmente en momentos de estrés. Este apego, entonces, no se da sólo entre padres e hijos; se puede dar entre esposos, se puede dar de un sujeto por un objeto.

Algo que es evidente es que los niños no sólo tienen necesidades físicas y desarrollan tensión orgánica como consecuencia de esas necesidades, como decía Freud. Los niños también necesitan afecto, necesitan el contacto físico afectuoso, y necesitan cariño, independientemente de que tengan resueltas sus necesidades físicas. Esto es algo que se intuía, pero alguien lo demostró de manera experimental. Un científico llamado Harlow tomó unos monos *Macacus Rhesus*, e hizo el siguiente experimento: ubicando en un cuarto unos monos bebés, añadió dos monas madres artificiales; una de ellas era una mona de alambre y tenía un biberón, y la otra era una mona de felpa. Luego, observaron a los monos bebés; ¿qué creen que hicieron? ¿A dónde creen que se fueron? Al contrario de lo que uno pudiera pensar, se fueron donde la mona de felpa, porque ellos necesitaban mucho el contacto físico y una superficie suave que les recordara el contacto tranquilizador de la madre.

El experimento de Harlow fue muy interesante, y tuvo repercusiones también en la investigación en humanos. Es interesante que ustedes sepan, por ejemplo, que en las unidades de cuidado intensivo se ha detectado que cuando las madres entran a visitar a la UCI neonatal a los niños, y les hacen masajes, ellos se estabilizan desde el punto de vista de sus signos vitales.

También se observó en los siglos XVIII y XIX, en los orfanatos, principalmente en Francia y en Inglaterra, que a pesar de tener abundante comida y suficientes cuidados, como ropa e higiene, los niños se morían como moscas. Empezaron a detectar que los cuidaban demasiadas personas, y que no tenían una figura de apego estable. Esto lo descubrió René Spitz. La cosa era tan dramática que en algunos orfanatos franceses en la puerta había un letrero que decía: «Aquí entran los niños a morir».

Otro pensador de la teoría del apego fue John Bowlby, cuyas investigaciones se nutrieron de dos campos del conocimiento: la psicología del desarrollo y la biología evolucionista. Bowlby pensó que el apego tenía que servir para algo, que no podía ser simplemente caprichoso, que debía tener alguna función. Desde el punto de vista de la evolución, el ser humano nace bastante indefenso: imagínense en una pradera, en una sabana africana, de las que nos recordaba el doctor Ramírez, a un bebé totalmente indefenso; este bebé viene programado, como un mecanismo protector, para apegarse a los adultos que lo cuidan. John Bowlby postula entonces que el apego es un desarrollo de la evolución para asegurar la supervivencia de los niños indefensos.

Hubo una científica investigadora, Mary Ainsworth, quien también hizo unas investigaciones al respecto, sobre qué tanto toleraban los bebés la separación de sus padres. Ella describió que el apego también varía en calidad. El apego en el niño, es decir, la relación estable, afectuosa, con un adulto que le provea cuidado, se puede dar de manera estable o de manera inestable. Si esa figu-

ra le brinda al niño un apego estable, el niño va a desarrollar confianza y se va a volver un niño tranquilo; si ese apego es inestable, el niño va a estar ansioso.

Entonces, un apego seguro constituye la base para la primera etapa del desarrollo, que es lograr la confianza básica de que el mundo es un lugar seguro, en el cual mis necesidades van a estar satisfechas; esto lo escribió Eric Ericson. Posteriormente, con el desarrollo del niño en sus procesos de pensamiento y aprendizaje, el apego se va sofisticando. Según la teoría piagetiana (de Jean Piaget), a medida que el niño empieza a comprender el mundo, se sofistican su relación con su figura de apego y con su figura cuidadora.

2. Efectos de las separaciones

Bueno, vamos a mencionar ahora qué es lo que puede pasar cuando los padres se divorcian. Hemos observado en nuestra sociedad una tendencia histórica al aumento del divorcio en los últimos cuarenta años. Inicialmente las tasas, o no se habían medido, o eran relativamente bajas, porque había una alta estabilidad. Actualmente, las tasas están en alrededor de 50% en las sociedades industrializadas de Occidente. Aparentemente se han venido estabilizando en un 50%. De esos esposos que se separan, aproximadamente el 72% de mujeres y el 80% de los hombres vuelven a casarse. No debe ser tan malo el matrimonio desde que tanta gente repite. El 10% de los niños en Estados Unidos, en el año 98, había experimentado uno o más divorcios antes de los 16 años.

Es evidente que, en ocasiones, el clima de la relación marital es muy malo, pero, por mala que sea la relación entre los padres, su separación siempre constituye un golpe para el niño. ¿Qué es lo que pasa con los niños después del divorcio? Muy bien, a ver. Antes los padres sentían mucho miedo de separarse, y preferían quedarse juntos pensando en los hijos, por el bien de los hijos, al menos hasta que ellos estuvieran grandes. Probablemente había factores

de tipo económico y de tipo sociológico que estaban influyendo para que los matrimonios no se disolvieran: por ejemplo, con la división del trabajo, las mujeres trabajaban en el hogar, y los hombres tenían un trabajo remunerado fuera del hogar; eso hacía que existiera una dependencia económica de la mujer hacia el varón. Con las guerras mundiales del siglo XX, y con el cambio en el rol social de la mujer y su salida al mundo laboral, eso varió. Las transformaciones aumentaron significativamente el número de divorcios.

Empezamos a observar que la mayoría de los niños de hogares que se divorcian logran readaptarse a la situación de divorcio, pero para poderlo hacer tienen que cumplir estas tres tareas: primero, reconocer la dura realidad de la ruptura, sí: «Mis papás se han separado». Esto es un golpe terrible, y ellos hacen todas las fases del duelo, de negación, de rabia, de protesta, y finalmente de negociación. En la separación normalmente hay un conflicto marital entre los padres, muy agrio, muy doloroso. Los niños tienen que tratar de separarse de ese conflicto, y seguir adelante con sus vidas, con su colegio, con sus juegos, con sus amigos, etc.

Luego tienen que aceptar la pérdida de no continuar conviviendo con el padre que no tiene la custodia primaria, con el padre que no tiene la custodia física, o con el padre con el cual no tiene una residencia. Tienen que hacer una serie de operaciones emocionales, tienen que elaborar la rabia y la culpa que esto les produce; el abandono siempre nos produce rabia, eso lo sabe cualquiera a quien le hayan dado un brochazo, pero también produce culpa. Uno empieza a preguntarse: bueno, yo qué fue lo que hice. Y más el niño pequeño: «mi papá se fue porque yo me porté mal», «mi mamá se fue porque a mí me va mal en el colegio, porque yo soy desobediente».

Otra cosa que tienen que hacer los niños es aceptar la permanencia del divorcio. Es muy doloroso observar que lleguen a mi consulta niños de padres que están separados hace mucho tiempo, y son

niños escolares, yo los pongo a dibujar la familia y dibujan siempre al papá y a la mamá juntos, y a veces se dibujan a ellos mismos en la mitad de los padres, agarrándolos de las manos como para que no se separen. Siempre la fantasía de reunificación familiar está rondando el universo psíquico del niño, de manera que aceptar en lo concreto la permanencia del divorcio es difícil.

El vivir la separación, la ruptura de la familia, hace que muchos individuos puedan caer en desesperanza respecto de sus propias relaciones futuras. Más adelante les voy a mencionar eso, pero, sí, ellos tienen cómo rehacer sus esperanzas al decir: a pesar de que mis papás se separaron, la vida en pareja es posible.

¿De qué depende que los niños se adapten o no? De su edad, del grado de madurez que tengan, del género si es femenino o masculino (más adelante les voy a explicar el porqué), del temperamento.

La edad: Existen diferencias en la forma como reaccionan los niños pequeños versus los niños más grandes, o los adolescentes.

El género: Las niñas reaccionan diferente a los niños, probablemente se adaptan un poco más fácil porque la mayoría de las veces se quedan con la madre, quien es su figura de identificación primaria, y se identifican con ella y la apoyan y se vuelven como su amiga, por llamarlo de alguna forma, aunque esto sea inapropiado.

El temperamento del niño: Hay niños que son más difíciles, más difíciles de complacer, depende de qué tan ajustado, desde el punto de vista psicológico y social, venía el niño antes del divorcio. Nosotros hemos visto que a pacientes esquizofrénicos adultos se les muere la mamá y se descompensan; pacientes artistas adultos, se separan los papás y se descompensan; cuando las personas tienen algún tipo de discapacidad mental toleran mucho menos estos cambios dramáticos en la estructura familiar.

También depende del ajuste social del niño. Las familias que tienen mayor capital social, las familias que tienen red social de apoyo más fuerte y más amplia, toleran con mayor facilidad el que

se vaya uno de los progenitores; ahí está la familia de la mamá, que la apoya, ahí están los vecinos, ahí está la familia extensa, los primos, los tíos, los amigos. De manera que ese capital social es protector.

Depende, además, de cómo manejen los padres lo que hoy nos ocupa, que es la custodia y el régimen de visitas; depende de cómo el padre no custodio maneje las finanzas, y de cómo el padre custodio maneje las finanzas y las responsabilidades domésticas; depende de qué tanto contacto siga teniendo el niño con el padre que no tiene la custodia física. Si ese padre está pendiente del niño, si va a las reuniones del colegio, si lo visita con frecuencia, entonces la adaptación al divorcio de ese niño va a ser mejor.

También depende de los cambios en la estructura familiar, de las familias reconstituidas, la aparición de una nueva pareja en uno de los progenitores, los noviazgos y los matrimonios. La aparición de las figuras de los padrastros y las madrastras, que ya vamos a ver que no siempre son como los de los cuentos de hadas, no son tan malos.

Bueno, habíamos dicho que los niños reaccionan diferente dependiendo de la edad: ¿los pre-escolares cómo reaccionan? Con frecuencia muestran un grado de ansiedad mucho más marcado, ellos tienen mucho temor al abandono y al rechazo, tienen muchísimo temor, y sienten que les están quitando su base segura. Recordemos que estos chiquitos tienen una dependencia emocional mucho más fuerte de sus padres que un adolescente, que ya está más pendiente de sus amigos que de otra cosa. Los más chiquitos, los pre-escolares, no comprenden bien la situación, y les dicen: es que él sigue siendo tu papá, pero ya no va a vivir aquí; como tienen una inteligencia concreta, para él el hecho de ser papá consiste en vivir allí, y si se va entonces ya no es mi papá. Tienen, entonces, este tipo de contradicciones lógicas: por su lógica concreta, no logran abstraer que el rol no depende del lugar de residencia. Tienen la tendencia a sentirse culpables, como les había mencionado, y tienden a adaptarse más rápido a la nueva situación que los niños más gran-

des. Les da más duro inicialmente, pero de la misma manera son más flexibles y más adaptables, y rápidamente entran a adaptarse al nuevo *statu quo*.

Bueno, los escolares sí comprenden un poco más lo que está ocurriendo, y con frecuencia toman partido, pues a alguno de los miembros de la pareja normalmente se le victimiza y queda como el malo ante la sociedad y la familia. La tendencia normal es siempre identificarse con la víctima y tratar de protegerla. Estos niños son entonces más sensibles a presiones de los progenitores y a la manipulación; más adelante vamos a hablar de las dinámicas familiares que se generan en este tipo de situaciones. Ellos tienen un tipo de lealtades; el hecho de que el papá y la mamá se estén separando casi que les plantea la pregunta tácita: ¿usted con quién se quiere quedar: con su papá o con su mamá? Es una pregunta tácita, y siente uno un conflicto de lealtades cuando de pronto el papá viene por ellos, y saben que la mamá está muy brava con el papá; entonces ellos sí entran en ese tipo de dilemas morales y emocionales. Tienen también, como los pequeños, mucho temor al abandono y al rechazo, y para ellos la adaptación se hace más difícil que para los niños más pequeños. Incluso, es más difícil para los niños que para las niñas, porque con más frecuencia el que se va es el padre, que es su figura de identificación. Ellos, según la teoría freudiana, están definiendo el conflicto edípico y necesitan el padre cerca para resolverlo. Además, porque al irse papá es como si se cumpliera una fantasía, ¿no? ¡Ay, qué bueno que mi papá se fuera para yo quedarme con mi mamá!: la fantasía edípica. Finalmente el padre se va, y te enfrentas a que se te cumplió tu fantasía pero ya no te parece tan chévere; necesitas a tu papá, psicológicamente; dependías de él.

¿Qué pasa entonces en el divorcio, qué factores favorecen la adaptación, que el entorno sea estable? Aquí vienen las recomendaciones: que se haga el mínimo número de cambios posible. Ojalá entonces que los niños siguieran viviendo en la misma casa, con

las mismas personas, excepto el progenitor que no tiene residencia o que se va. Ojalá que el entorno siga siendo estructurado, que no se relaje la disciplina: no decir que porque al niño se le separaron los papás, dejémoslo que vea televisión hasta las doce de la noche, que juegue Nintendo hasta la madrugada; las normas tienen que seguir siendo las mismas. Ojalá que el ambiente sea formativo. Debe haber entonces los mínimos cambios posibles, de barrio, de casa, de colegio, de grupo de amigos; ojalá que el niño conservara toda su red social y todo su entorno; ojalá que los cambios del ecosistema del niño no fueran tan marcados.

Hay que evitar entonces ese cuentito de decirle al niño que ahorita usted es el papá, usted es el hombre de la casa, entonces usted tiene que asumir una cantidad de responsabilidades. Ocurre también con las niñas: la hermana mayor que tiene un poco de hermanitos chiquitos: entonces usted me tiene que ayudar a cuidar a los niños, le dice el papá cuando la mamá se fue; esa parentalización daña estresa a los niños durante la separación.

Ojalá entonces que el padre no custodio sea una figura cercana, responsable y comprometida, ojalá tenga plática, y ojalá viva cerca.

¿Qué es lo que pasa entonces en esas dinámicas familiares? Se forman alianzas: es que usted y yo vamos a salir adelante, es que usted y yo, no importa que su papá se haya ido, no importa que su mamá se haya ido, usted y yo vamos a salir adelante. Surgen una cantidad de alianzas, y puede haber coaliciones: ayúdame con tu papá, que nos dé la plata de tal cosa, ¿sí? Coaliciones: por ejemplo, el niño se alía con el papá y la niña con la mamá. Estas dinámicas son perversas, en las que los niños quedan escindidos, la familia queda rota a nivel emocional, y puede haber también mucha manipulación. Pensemos en el papá que le dice a la señora: pues yo te traigo la plata pero yo me puedo venir a quedar a dormir un día de estos, no le vaya a cambiar la chapa a la puerta. Ese tipo de mani-

pulaciones de yo pago, y sigo teniendo plenos derechos, simplemente vengo por temporadas, o vengo por épocas.

Otra cosa que puede ocurrir es que los niños chiquitos empiecen a dormir con la mamá, el colecho, y eso rompe las fronteras de la disciplina y la autoridad. Las mamás empiezan a ser más complacientes porque les da pesar, o las mamás cogen a las niñas como confidentes como si fueran amigas adultas: cómo te parece las de tu papá, por allá lo vieron con una vieja no sé qué; eso confunde a los niños.

○ los hijos como mensajeros: ve, decile a tu papá que mande para el mercado, decile a tu papá que mande para tal cosa. ○ como espías: andá a ver qué está haciendo tu papá, o andá a ver qué está haciendo tu mamá, y con quién salió tu mamá y con quién llegó.

○ los hijos como pararrayos o fusible: en medio de la disputa más horrorosa en la familia, cuando las cosas se están poniendo más malas, el niño se enferma, y llega el niño a urgencias, y así aparece el papá en la camioneta: qué le pasó a Juliancito; no, es que está enfermo. El niño entonces es el pararrayos: sube el nivel de conflicto y el niño se enferma, sube el nivel de conflicto y el adolescente estrella el carro; en esos momentos los hijos actúan como el pararrayos o el fusible del sistema.

○ aparecen los hijos como escudos: cuando hay padres maltratantes y abusadores, entonces la mamá pone el escudo. Bien sea la madre que pone a la hija para que el padre la abuse sexualmente, o la madre que pone al hijo adolescente para que se agarre a trompadas con el papá.

Ocurre también lo que les había mencionado ahora, la parentalización o inversión de roles, en la que los niños o adolescentes se ven obligados a asumir un rol adulto.

Estos problemas emocionales no son causados por el divorcio en sí. Una pareja que se separa ya tenía problemas, y los problemas

emocionales son producto de esos problemas, y no del divorcio; eso tiene que quedar claro. Los problemas emocionales se relacionan más con la cantidad de conflicto previo y con el conflicto ocurrido durante el divorcio que con el hecho mismo del divorcio. Es más, muchas veces el divorcio mejora la situación, relaja el clima y disminuye el nivel de conflicto. Los problemas emocionales también disminuyen si los padres se dan cuenta que tienen que ser adultos ante esa situación, que tienen que ser maduros, que tienen que controlar su ira, y no deben exponer a los niños a disputas. Ojalá que los niños no presenciaran las disputas de los padres.

Las tensiones del divorcio también disminuyen la eficiencia de la crianza por parte de los padres. No es igual de buena una mamá estresada por el divorcio, ni es igual de bueno un papá estresado por el divorcio, un tipo que está viviendo en un aparta-estudio, sin muebles, que anda todo barbado, con la ropa arrugada; el tipo no tiene ni idea de hacer nada porque todo se lo hacían en la casa, también está estresado, también le hace falta la esposa, también le hacen falta los hijos. La mamá, que quedó con la carga de la crianza, claro, también está estresada. Eso disminuye la eficiencia en la crianza. Hay un peligro, y es que los niños no terminen la escuela secundaria, o que, sin la presencia de la autoridad del padre, los niños adopten conductas antisociales.

¿Qué secuelas puede dejar todo esto a largo plazo? Bueno, uno dice: no, pues eso tiene que ser todo gravísimo. Bueno, no necesariamente, no, no es tan malo a largo plazo. Sí, en hijos de padres separados hay un leve aumento de depresión, y más problemas de salud y de pareja en la adultez, pero es leve. Sin embargo, cuando los padres se separan en la edad escolar, o en la adolescencia temprana, la mayoría de los muchachos a la edad de 20 años, ¿cuál es su probabilidad de divorciarse cuando sean adultos? Este es un temor que tienen muchas personas: ¿será que los hijos de padres separados se separan más porque repiten la historia? Bueno, a ve-

ces sí, pero se hizo un estudio muy serio en Estados Unidos, y actualmente la tasa de divorcios de hijos de hogares separados es del 50%, es decir, igual a la tasa de la población general. Entonces no es tan terrible.

Ahora, ese rol materno de la madre separada cambia y podemos ver unas nuevas tipologías maternas. Podemos ver que si es una señora católica, de cultura mariana, entonces veremos mucha abnegación; esta señora se va a aislar socialmente, pues como él se fue, yo tengo la obligación de los hijos. Si no había trabajado, de pronto le toca salir a trabajar, y se dedica únicamente a tratar de conseguir el dinero, no consigue pareja, y se dedica abnegadamente a los hijos; esto era más común antes, y afortunadamente está cambiando.

Cuando se trata de mujeres adolescentes con embarazos no deseados, que hacen un ensayo de vida marital muy fugaz, lo más normal es que vuelvan al hogar materno y que deleguen la crianza de los hijos en los abuelos; ellas quedan funcionando no como mamás, sino como amigas o hermanas de sus hijos. Puede ocurrir, y con frecuencia ocurre, que estas mujeres sí se le midan al reto de criar a sus hijos ellas solas, y, por eso, de las familias monoparentales el 84% está conformado por madres cabezas de hogar.

Otra cosa que puede ocurrir, si hacemos un seguimiento longitudinal, es que estas mujeres que se separaron se vuelvan a conseguir otra pareja, y no les funcionó; se consiguen una tercera, una cuarta pareja, y van teniendo un hijo con cada una, y a veces hay un patrón de monogamia alternante, con hijos de padres diferentes. Muchas de estas mujeres rehacen su vida, encuentran una pareja adecuada, y entonces conforman una nueva pareja estable.

La tipología paterna es un poco más pintoresca. Muchas veces los papás se van y nunca vuelven, al punto de que los hijos crecen sin conocerlos. Entonces el papá es el papá legendario: todo mundo habla de él, pero nadie lo ha visto. O para calmar su culpa y su

mala conciencia, aparece una vez al año, cargado de regalos y muerto de risa, jo, jo, jo; es el Papá Noel. O va a recoger a los niños el fin de semana, y a malcriarlos, a darles dulces, que jueguen Nintendo todo el día, que se queden en pijama hasta el medio día, que no se bañen, que vamos a la piscina, que comamos pizza y pura comida rápida; es el papá de chocolate, un papá que no ejerce autoridad ni impone normas, ni ayuda a hacer tareas. Es el papá que dice: Yo trabajé toda la semana, yo tengo derecho a disfrutar a mi hijo. O es el papá manipulador abusivo, que trata de volver al hogar a maltratar y a abusar; con frecuencia son personas con severos trastornos de personalidad sociopáticos, o alcohólicas, o adictas a drogas, y siguen llegando a la casa a maltratar, después de que se han separado. Hay otros que son los intermitentes, los papás toreros, que aparecen por temporadas: ahora sí, miijo, yo voy a estar pendiente de usted, y le dicen: yo voy a recogerlo y no aparecen, y se pierden meses y luego vuelven en otro mesecito, y vuelven y se pierden; esto lo vemos a cada rato en la consulta. Pero afortunadamente, afortunadamente, hay una tipología nueva, muy agradable, que es la que concita la simpatía de Olga: la de los papás responsables y comprometidos.

3. El rol del psiquiatra

¿Cuál es el rol del psiquiatra, qué tiene que ver el psiquiatra en este problema tan grave? Bueno, puede ocurrir que uno esté ahí porque uno ya venía atendiendo al niño cuando se produjo la separación. Le traen al niño: es que el niño se porta mal, es que va mal en el colegio; claro, pues uno de pendejo no se ha dado cuenta que en el fondo hay una disputa marital, porque uno no se da cuenta cuando le dicen: «Doctor... es que...» (le pide a uno la cita la mamá, y no trae al niño), «es que le tengo que hablar una cosa, es que me separé de mi marido, se fue, yo le hice la maleta y ya se fue, tiene un apartamento, yo sé que tiene otra». Vienen y le echan

a uno ese cuento, la mamá destrozada; entonces ahí está el psiquiatra en medio de la separación. ¿Qué hace uno en ese caso? Uno no va a hacer recomendaciones respecto de la custodia; uno trata de apoyar al niño para que él pueda sortear la situación del divorcio. Yo le llamo separación conyugal de los padres en curso, lo pongo en el eje 4, y lo considero un estresor psicosocial, o sea, eso es grave, eso puede desbaratar a un muchachito.

Otra cosa que puede ocurrir es que nosotros lleguemos allá porque el juez ya dictó un fallo respecto de la custodia y, como parte del fallo, dijo que el niño necesita apoyo terapéutico. Entonces, en ese caso, dado que la decisión sobre la custodia ya fue tomada, el terapeuta no influencia el resultado, pero ayuda al niño a adaptarse a la decisión de la Corte, e idealmente a tener una buena relación con ambos padres.

Otra cosa es que los papás, ya separados, le llegan a uno para que uno sirva de mediador; buscan poder hacer ajustes, poder manejar bien las normas de disciplina, para que les ayude uno a encontrar un camino de modo que sus diferencias personales no influyan tanto en la crianza. Ahí el papel de uno es ayudarlos a encontrar una manera cooperativa de crianza en lugar de una manera hostil. Puede ser que ya uno fuera el terapeuta de los padres, una persona que padezca un trastorno mental, una señora que estaba deprimida o un señor que tenía un trastorno obsesivo compulsivo, y se separó; entonces ahí también está metido el psiquiatra.

Finalmente, puede ser que a nosotros nos citen como peritos forenses para hacer una valoración de custodia y visitas; si es así, nos remiten el caso, y nos mandan a toda la familia para que hagamos la valoración. Aclaro, pues, que yo ya no hago ese tipo de valoraciones porque se hacen en medicina legal; yo fui psiquiatra forense tres años, como entre el 97 y el 99, pero actualmente me dedico más a la clínica de niños y adolescentes.

¿En qué caso se requiere un peritazgo? Pues cuando uno de los padres tiene una enfermedad mental que afecta sus habilidades de crianza: un papá sicótico, un papá adicto, un papá alcohólico, un papá maltratador. Ocurre también que el niño puede tener ciertas necesidades específicas en salud mental, que cuentan para decidir la custodia o elaborar el plan de crianza: un niño bien hiperactivo, por ejemplo, con una mamá rígida que lo maltrata, versus un papá que es un poquito más flexible y le aguanta más la hiperactividad; o un niño con un retardo mental leve y un papá alcohólico. Ese tipo de combinaciones también ameritan un peritazgo. También lo amerita un divorcio que ha sido inusualmente hostil, y la evaluación de custodia es una alternativa menos adversa para tomar decisiones con respecto al niño, es decir, ya llegamos a la instancia del arbitramento, el juez es el que va a decidir la custodia y las visitas, y necesita la asesoría del psiquiatra.

Otro caso que requiere el peritaje: hay que evaluar el relativo apego del niño a cada uno de los padres, porque eso puede parecer algo importante; por ejemplo, los padres pueden estar de acuerdo en que el niño debe quedarse con la mamá, pero el niño tiene muchas ganas de irse a vivir con el papá. Ahí también creo que amerita una valoración. O si se sospecha que uno de los padres ha tratado de adoctrinar al niño y alejarlo del otro padre, porque le está llenando de ideas la cabeza, que su mamá es una no sé qué, una sí sé más, o que su papá es un tal por cual. O cuando uno de los padres ha acusado al otro de maltrato físico o abuso sexual.

Entonces el peritaje de custodia involucra a toda la familia: hay que examinarlos a todos, a los papás y a los hijos; hay que evaluar la pareja actual de los padres, y, si se necesita, conseguir información complementaria por fuera. Se debe producir un dictamen que tiene unas conclusiones y unas recomendaciones que deben propender a la doctrina del mejor interés del niño.

Es posible realizar la evaluación de ambos padres: puede ser que el juez se los mande a uno, o que ellos se pongan de común acuerdo con sus abogados, o que lleguen al consultorio.

Este es el contenido del dictamen: tiene que contener la evaluación de cada uno de los padres, en cuanto a sus fortalezas y debilidades, en las tareas de crianza; una descripción de qué tan apegado está al niño a cada uno de ellos; y recomendaciones específicas, con respecto a custodias y visitas.

Cuando llega uno solo de los progenitores con el niño, el dictamen tiene algunas limitaciones. Si a usted le llega el papá y el niño, o la mamá y el niño, usted no puede dictaminar nada sobre la salud mental del progenitor ausente, y usted no puede dictaminar nada o hacer recomendaciones sobre custodias y visitas, porque a usted le falta una pieza del rompecabezas, a usted lo pueden estar engañando. En estos casos está conociendo una sola versión de la historia.

La relación forense es diferente de la relación clínica; ahí no opera el secreto profesional. De hecho, uno va a elaborar un informe escrito dirigido a un juzgado. Por lo tanto, hay que aclarar esos límites de la confidencialidad, mejor dicho, hay que aclarar la no confidencialidad. Hay que entender que uno no es el psiquiatra clínico del niño, ni de la mamá ni del papá, sino que uno está haciendo una intervención de carácter forense, uno entra a evaluar y no más.

En este tipo de evaluaciones se revelan cosas muy privadas, y en el informe hay que revelar únicamente lo que sea pertinente a las conclusiones y recomendaciones. Los terapeutas que ya venían siendo terapeutas de algunas de las personas involucradas no pueden elaborar ese peritazgo de custodia porque esos roles son excluyentes, el del forense y el del clínico.

Aquí vienen cosas muy técnicas sobre cómo se elabora la evaluación de los padres. Ojalá esa valoración incluya estas preguntas: en caso de que usted obtenga la custodia, ¿usted cómo ayudaría para que el niño tuviera una buena relación con el otro progenitor? En caso de que a usted se le niegue la custodia, ¿usted qué cosas haría para tratar de conservar una buena relación con su hijo? Esas son preguntas claves.

En cuanto al niño, hay que hacer una valoración clínica completa, hay que ver qué tan apegado está a cada uno de los padres, hay que ver qué tan afectado está por la situación, hay que ver si lo están adoctrinando de alguna forma, y hay que tratar de determinar de manera sutil sus preferencias. La idea no es preguntarle ¿usted con quién quiere vivir, con su papá o con su mamá?; eso no se puede hacer. Se puede hacer de manera sutil: a los pre-escolares primero se les entrevista con los papás y luego a solas, y se pueden hacer juegos y tests proyectivos. En los escolares, uno puede investigar los apegos de manera indirecta, a través de historias: uno les plantea, por ejemplo: bueno, vamos a hacer una historia, supongamos que hay un pajarito chiquito, hay un pajarito recién nacido en un nido, él vive con el papá y la mamá en un nido en un árbol, y resulta que empieza una tormenta, empieza a caer agua, rayos, empieza a ventear, y llega una ventisca y se lleva a los papás, entonces el pajarito, ¿qué pasa con el pajarito? Ayúdame a continuar la historia. Otro test proyectivo es este: bueno, tú te ganas un viaje a una isla desierta, para dos personas; ¿tú qué llevarías en la maleta y con quién te irías? Esa es otra forma indirecta de averiguarlo, como también lo es esta: vamos a planear un viaje de picnic, vamos a invitar a algunas personas, ¿a quién vamos a invitar al picnic? Normalmente el niño entonces va a mencionar primero al padre con el cual tenga un mejor apego. Otra historia que yo les pongo a contar es esta: usted va por la calle y hay una lata de coca cola, y usted la patea accidentalmente y le sale el genio de coca cola, a decirle: le concedo tres deseos; entonces, a través de estos deseos, se averiguan las preferencias de apego en el pensamiento fantasioso del niño.

El niño también puede orientarnos haciendo dibujos de sí mismo, diciendo qué le gusta y qué no. Podemos decirle, por ejemplo: ¿a ti te gusta lo que está pasando ahora, que tu papá viene tales días? ¿A ti te gusta donde estás viviendo? Si tú pudieras cambiar las cosas, ¿qué cosas cambiarías? ¿Qué cambios le harías al arreglo actual?

Sobre todo a los niños más chiquitos hay que tratar de desculpabilizarlos y decirles: es que con quién vas a vivir tú no lo vas a decidir tú, eso lo deciden los adultos; lo deciden entre tus papás y, pues si ya la cosa está muy peluda, pues lo decide el juez.

Hay que tratar de investigar si el niño ha sido adoctrinado: ¿qué te dijo tu papá antes de venir a esta cita? ¿Qué te dijo tu mamá, que de qué íbamos a hablar?

Pasando ahora al adolescente, pues los adolescentes ya son muy, como dicen los gringos, muy *opinionated*. Ellos ya tienen su propia opinión, y hay que investigar ellos qué opinan de las circunstancias, ellos ya también son menores maduros que pueden tener cierto criterio para decidir con quién quieren vivir.

En todo caso, la doctrina que opera en estos dictámenes de custodia es la del mejor interés del niño. Hay que tratar de que el niño tenga continuidad y estabilidad en su cuidado. También hay que tratar de que el niño tenga una buena calidad en su relación de apego con el custodio, con el que convive, y que tenga un buen grado de empatía con él. Hay que mirar las preferencias expresadas por el niño, hay que evaluar la salud mental de cada padre, y hay que ver el nivel de conflicto parental, y su impacto en el niño.

Hay factores críticos de los padres: en algunas ocasiones, por ejemplo, el padre biológico está luchando por la custodia con el padrastro. En estos casos algunas legislaciones favorecen a los padres biológicos. Otras hacen juicios morales o evalúan la competencia moral de los padres que están luchando por la custodia: si ellos tienen antecedentes penales; si ellos son consumidores de sustancias; si han tenido conductas de prostitución o adulterio; cuáles son las aptitudes y las habilidades parentales; si los papás están pendientes de las necesidades de los hijos, o si los consideran extensiones de ellos mismos en una actitud muy narcisista; si están muy ansiosos, muy pasivos, o muy desesperanzados; quién tiene más experiencia en criar hijos; quién lo hace mejor. Y hay

que tratar, como habíamos mencionado, de darle estabilidad a la situación actual. Digamos que, en un dictamen de custodia, hay que tratar de respetar el estado actual de cosas a no ser que ese estado sea lesivo.

Otros factores críticos de los padres son las creencias religiosas, la ubicación de la vivienda, las condiciones financieras, y si el niño está siendo sometido a maltrato. A su vez, son factores críticos de los hijos qué tan apegados están a cada padre, y ellos qué prefieren. La ley a veces tiende a favorecer que las niñas se queden con la mamá, a los niños adolescentes les suele ir mejor con el papá, parece que les ponen mejor los límites, o lo necesitan como figura de identificación.

¿Cuáles son entonces los escenarios más comunes cuando se hace este dictamen? O que haya dos padres competentes, que son capaces de obtener la custodia de los hijos; o que los dos padres sean deficientes, mejor dicho, que entre el diablo y escoja; o que uno sea competente y el otro deficiente.

Los escenarios menos comunes son que haya un padre luchando con un padrastro, o una madre con una madrastra, o que haya una pareja homosexual. Se han hecho muchos estudios en los cuales la crianza por parejas homosexuales no afecta la orientación ni la identidad sexual de los niños. Otro escenario menos común es que haya una disputa enmascarada de la custodia. En esos casos llegan dos profesionales exitosísimos (ejecutivos, de alto rango, pues, de multinacionales) a decirle al juez: nosotros, de común acuerdo, queremos que nuestros dos hijos adolescentes estén una semana con él, y una semana con ella, en un pimponeo; es lo que ocurre cuando ninguno de los dos quiere comprometerse. Entonces este es un caso de una disputa enmascarada de custodia, con una custodia compartida por falta de compromiso, y aquí no se está velando por el mejor interés de los niños o de los adolescentes. Puede haber una disputa por la crianza religiosa; en este caso

muchos jueces favorecen a quien tenga creencias religiosas firmes, siempre y cuando no sea fanático.

También, y esto lo mencionaba el doctor Ramírez, puede haber muchos problemas por la reubicación. Yo tuve el caso de una señora que tenía una oportunidad, una beca y una oportunidad laboral en Australia, y se quería llevar al niño de 10 años; el papá dijo que él también tenía derecho a estar con su hijo, es decir, él arguyó su derecho. Pero en el fondo también estábamos cuidando el mejor interés del niño, porque el juez dictaminó que debía esperarse a que el niño estuviera mayor para poder viajar con la madre.

¿Cuáles son los escenarios menos comunes? Con toda la revolución que ha habido en la fertilidad, pueden presentarse disputas por embriones congelados: una pareja se puso de acuerdo para hacerse un tratamiento de infertilidad; fertilizaron unos óvulos con esperma del varón, y el resultado son unos embriones congelados; se separan, y entonces cada cual quiere los embriones. Eso es muy raro, pero ahí los gringos dictaminaron que se hacía lo que ambos dijeran de común acuerdo; les pusieron de tarea: pónganse de acuerdo, y si no lo hacen no pueden tocar esos embriones.

Puede ocurrir que alguno de los padres no quiere que los abuelos visiten a los niños, y entonces se hará un proceso para regular la visita de los abuelos. También puede ser que alguno de los padres secuestre a los niños.

¿Cuáles son entonces los desenlaces posibles? La custodia exclusiva en la cual el niño vive con uno de los padres, y el otro lo visita; esto es apropiado cuando la visita parental impide la crianza cooperativa. También es apropiado cuando uno de los padres es incompetente; entonces se le deja la custodia al padre competente. La custodia puede ser dividida cuando parte de los hijos se queda con un progenitor, y la otra parte con otro progenitor.

Y está la posibilidad de la custodia compartida; es una de las opciones posibles, donde existe igualdad de derechos y responsabi-

lidades. Los gringos distinguen entre custodia compartida legal y la física: en la legal se conservan los derechos legales, o de los hijos; en la física los niños conviven con ambos padres por temporadas. Pero ¿qué pasa cuando hay custodia compartida y surge un desacuerdo? Pues se tiende a darle la razón al padre donde el niño tiene su residencia primaria, es decir, donde el niño vive más tiempo.

Estos padres, para poder escoger la opción de la custodia compartida, deben ser capaces de comunicarse y tener en cuenta la opinión del otro; deben ser capaces de construir consensos. Si los padres no son capaces de cooperar, la opción de la custodia compartida no es conveniente.

Este¹ es el mapa de Estados Unidos, y aquí están los estados de la Unión donde ya se presume de entrada, o el juez propone, la custodia compartida. En los estados que están de un color un poquito menos oscuro se presume, y se hace si se logra un acuerdo, o según la preferencia del estado. Y en los otros su legislación no consagra este tipo de opción.

Pero hay estados que han ido más allá, y han dicho: no, señor, no es suficiente con determinar que la custodia sea compartida; los papás tienen que ponerse de acuerdo, para que la crianza sea compartida. En estos casos se elimina la terminología de custodia y visitas, y en cambio hablan de procesos de crianza. En consecuencia, ponen a los papás a elaborar unos detallados planes de crianza que incluyen cosas como las finanzas, el calendario para que viva con cada uno de los padres, quién va a pagar la educación, quién va a pagar la salud, y quién va a cubrir otros gastos. Estos planes son altamente individualizados; por ejemplo, pueden incluir la crianza religiosa. Entonces, aquí se habla de tiempo de crianza, y tiene que ser gente muy competente, muy cooperativa, y que logre construir consensos para elaborar un plan de crianza.

¹ El conferencista le mostró al público un mapa a través de un proyector.

Este es un concepto más revolucionario que el de la custodia compartida.

¿Qué ventajas podría tener para el niño el que se dictamine la custodia compartida? Pues se elimina el conflicto de lealtades al que se somete al niño cuando los padres se separan; con relaciones cordiales, el niño conserva el capital social. Es una recta jurídica que protege.

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 Ségolène 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 laborales y 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 desejaría 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/l01-071/l01-0715.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 regirán 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 regirán 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 períodos 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.

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**

***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>

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.

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. [...]

***Texto original:

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

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 redunda 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.

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, Secc. 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 custodia 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.

ALABAMA

(Code of Alabama, 1975, Acts 1996, Nº 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 hiciera 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 St. 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 enérgicamente 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 Tibbets). 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 psicossomático.

- 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: <http://www.sfi.dk/>>Researchers>>MogensNygaardChristoffersen>>WorkingPapers>>Trendsinfatherhoodpatterns-thedanishmodel>, 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 veleidad «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>

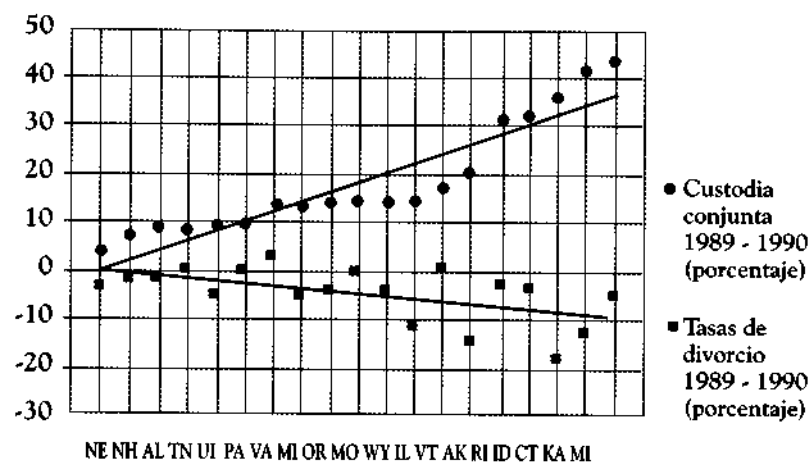
Center for Health Statistics, NCHS). Esos datos se refieren a los porcentajes de sentencias de custodia física conjunta o custodia exclusiva dictadas por los tribunales en los años 1989 y 1990 en 19 estados, entendiéndose por custodia física conjunta, a efectos del estudio, una distribución del tiempo 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 F. Brinig²⁸ y E.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/~mflaw/>

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 supuesto 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 E. 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-

dia. 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.

Alguien afirmaba que en el Código de Procedimiento Civil existían normas que permitían la custodia compartida. Yo creo que no hay que ir tan lejos. La Constitución de 1991 tiene vocación normativa, es decir, puede aplicarse directamente.

No es necesario que haya una ley que autorice la custodia compartida, cuando en el artículo 42 dice que las relaciones familiares tienen que llevarse a cabo dentro de criterios y reglas de completa igualdad y cuando el artículo 13 prohíbe toda discriminación en razón de género.

Carlos Gaviria

ISBN 958-9279-87-2



CIES | CENTRO
INTERDISCIPLINARIO
DE ESTUDIOS
SOCIALES