

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS

*Fabiola Lathrop G.**

RESUMEN

Este artículo intenta analizar un nuevo modelo de cuidado personal –denominado custodia compartida– que, junto con la tradicional figura de la tuición unilateral de los hijos, ha surgido, en diversos países, como una nueva alternativa de organización de las relaciones parentales luego de la separación y el divorcio. En estas páginas se describe cierta terminología relacionada con esta figura jurídica, su concepto y antecedentes. Posteriormente, se analizan, brevemente, los principios informadores de este instituto y el mecanismo a través del cual el Derecho anglosajón lo ha recepcionado. Finalmente, se esbozan algunas conclusiones generales con la finalidad de contribuir al debate que, incipiente, pero enérgicamente, comienza a gestarse en el contexto jurídico y sicosocial nacional.

Palabras claves: cuidado personal, tuición, custodia compartida, cuidado personal compartido, crisis matrimonial.

ABSTRACT

This article seeks to analyze a new model of child custody –named shared custody or joint custody– which, in addition to the traditional exclusive custody, has been developed in many countries like a new legal possibility of organizing the relationships between parent and child once cohabitation has ceased. The next pages describe the terminology relating of joint custody, its concept and its historical antecedents. Secondly, this article analyses, shortly, the principles of joint custody and the shared alternative custody

* Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora de Derecho Civil, Universidad Finis Terrae, flathrop@derecho.uchile.cl. Artículo recibido el 5 de junio de 2008 y aprobado el 7 de julio de 2008.

in the American Law. Finally, this article draws some general conclusions in order to contribute to the budding Chilean debate regarding this new model of child custody that is now developing in the legal and psychosocial local context.

Key words: child custody, models of custody, joint custody, shared custody, divorce law.

I. INTRODUCCIÓN

La custodia compartida es una figura cada vez más comentada y discutida en el ámbito jurídico y sicosocial. La corresponsabilidad parental –que ciertos colectivos de padres separados comienzan a defender y promover en nuestro país– está indisolublemente ligada al debate sobre el establecimiento de la custodia compartida, que no sería sino su expresión más fidedigna. Se trata, en efecto, de un modelo de organización de la convivencia posterior a la crisis matrimonial o de pareja, que se encuentra afianzado en diversas legislaciones pertenecientes al sistema anglosajón, y en no pocos países europeos.

10 En efecto, en la actualidad, esta institución se encuentra reconocida legalmente entre otros países, en Estados Unidos (en más de cuarenta estados), Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia y Bélgica. Por su parte, recientemente, diversos ordenamientos jurídicos han introducido o han previsto modificaciones legales relativas al cuidado de los hijos tendientes a consolidar políticas de adopción de un modelo de “parentalidad compartida”. Así ha sucedido en Canadá, Dinamarca, Hong Kong, Portugal y en ciertos estados de Estados Unidos. En los orígenes de todas ellas es posible advertir el fuerte impulso llevado a cabo por las asociaciones de padres separados (mayoritariamente varones).

Entre los países europeos que han reconocido esta figura destaca España, que la consagra positivamente en el año 2005 mediante la ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el *Código Civil* y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Asimismo, en Italia, donde el *affidamento congiunto* y *alternato* ya gozaba de reconocimiento legal, se ha reforzado este instituto a través de la ley N° 54, de 8 de febrero de 2006, que contiene “Disposiciones en materia de separación de los padres y cuidado compartido de los hijos”. Y recientemente, en Bélgica, mediante la ley de 18 de julio de 2006, inspirada en los mismos principios que la ley francesa, se ha privilegiado la custodia compartida basada en la doble residencia, previendo, incluso, tiempos de alternancia equilibrados.

Dos posiciones altamente antagónicas gravitan sobre la implementación y ejercicio del cuidado personal conjunto. Un primer sector reclama, a tra-

vés de la custodia compartida y sobre la base del respeto del principio de igualdad, el reconocimiento legal de una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como es la asunción de roles cada vez más equitativos por parte de ambos progenitores. Ello conduciría a conceder iguales derechos y deberes a padre y madre una vez producida la crisis matrimonial o de pareja. Muy por el contrario, un segundo sector, fundándose en la defensa del interés supremo del hijo, rechaza la custodia compartida al entender que afecta notablemente su estabilidad física, emocional y afectiva.

Entre los principios que han inspirado la instauración de la custodia compartida, alternada o sucesiva, se encuentra el de la igualdad real entre hombre y mujer, la corresponsabilidad parental y el derecho del niño a la coparentalidad, es decir, a mantener un contacto frecuente con sus dos progenitores, no obstante la situación de ruptura conyugal o de pareja.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Terminología y concepto

Antes de entrar en el análisis de algunas cuestiones relativas a la custodia compartida es necesario aclarar ciertos conceptos.

Ante todo, en el Derecho Comparado suele denominarse *guarda o custodia* a lo que en Chile entendemos por cuidado personal de los hijos. Así, la doctrina y jurisprudencia extranjera, según el número de sujetos que ejercen el cuidado personal, han acuñado los términos “guarda o custodia unilateral” y “guarda o custodia compartida, alternada o sucesiva”.

Tradicionalmente, la regulación del cuidado personal ha dado lugar a la configuración de la denominada *custodia unilateral*. Conforme a ella, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole el cuidado directo que dicha convivencia exige. Este tipo de tuición –como se denomina a este instituto en ciertas leyes especiales, y no en el *Código*– ha venido consolidándose en nuestro ordenamiento jurídico mediante la atribución de carácter legal, convencional y judicial de este derecho-función. Si bien el artículo 225 del *CC* chileno radica en la madre su ejercicio en caso que los progenitores vivan separados, lo cierto es que mediante una atribución convencional o, bien, judicial, esta regla podría alterarse, de manera que el cuidado personal fuera radicado en el padre. No obstante, los acuerdos suscritos entre progenitores con el objetivo de invertir la regla de la atribución legal son escasísimos. Del mismo modo, los acuerdos reguladores de la crisis matrimonial reglamentados en la Ley de Matrimonio Civil de 2004, aisladamente conceden al padre el cuidado de los hijos. Por su parte, la jurisprudencia evidencia una arraigada tendencia que concede a

la madre este derecho-deber; regla que es prácticamente absoluta respecto de los hijos de corta edad.

El cuidado personal será *compartido*, en cambio, si éste es desarrollado por más de un titular, esto es, el padre y la madre, en cuyo caso se trata de un derecho-función distribuido entre ambos progenitores. Como es de imaginar, los convenios de este tipo son todavía más excepcionales. Sólo en ciertas y determinadas ocasiones y bajo circunstancias óptimas de empatía entre los ex cónyuges, los operadores del Derecho, en especial nuestros juzgados de familia, promueven el establecimiento de un cuidado efectivamente compartido o conjunto de los hijos comunes.

Entendida de esta forma la custodia compartida, ciertos autores¹ han precisado que, en realidad, el cuidado personal siempre es *compartido* por ambos padres, tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en las de ruptura conyugal. En los dos casos hay pluralidad de sujetos que ejercen este derecho-función: en el primero, de forma simultánea, porque el cuidado cotidiano que se desarrolla es *conjunto* y, en el segundo, el cuidado es propiamente *alternado o sucesivo*, razón por la cual se prefiere la denominación *custodia alternada o sucesiva* para designar la figura en estudio. En realidad, a mi juicio, en esta aseveración se confunde la custodia compartida propiamente dicha con uno de sus principios informadores: la corresponsabilidad parental, a la que nos referiremos más adelante. La custodia propiamente alternada o sucesiva, no es sino un modelo de organización de la custodia compartida que descansa, precisamente, en la alternancia más o menos frecuente de la residencia del hijo.

En efecto, el cuidado compartido puede ejercerse estableciendo un progenitor “residente principal”, con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo; en segundo lugar, determinando lapsos de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres y, por último, indicando la residencia en que el hijo vivirá de manera permanente y a la cual los padres deberán trasladarse durante los períodos que se convengan, es decir, existen tres casas: una para el hijo y una para cada uno de los progenitores (conocido como “modelo de anidación”).

¹ Cfr. A.J. GODOY MORENO, “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en VV.AA., *Diez años de abogados de familia*, Madrid, La Ley, 2003, p. 320; A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho de Familia*, Valladolid, Lex Nova, 1997, tomo II: “El procedimiento contencioso de separación y divorcio”, pp. 303-304 y tomo III: “Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas”, Valladolid, Lex Nova, 1996, pp. 94-95; Beatriz DE PABLO MURILLO, “La reforma matrimonial (II): la nueva regulación de la separación y el divorcio (comentario a la ley 15/2005, de 8 de julio)”, en *Repertorio de Jurisprudencia*, N° 14/2005, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 2005, parte estudio, p. 2, quien señala que en realidad es más exacto denominarla “alterna”.

Por otra parte, la custodia compartida no debe confundirse con la denominada *custodia distributiva*². Ésta corresponde al “reparto” de los hijos entre padre y madre, de manera que cada uno de éstos convive con uno o más de sus niños, separándoles de sus hermanos, quienes viven con el otro padre o madre; es decir, tiene lugar cuando se rompe la unidad familiar, razón por la cual sólo motivos poderosos que miren al interés del hijo pueden aconsejar su implementación³.

En suma, podríamos señalar que la custodia compartida es aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.

2. Antecedentes de la custodia compartida

La custodia compartida, alternada o sucesiva encuentra sus orígenes remotos en las primeras reformas legales que comenzaron a otorgar a la mujer cierto grado de participación en el conjunto de derechos y deberes respecto de los hijos, que tradicionalmente eran reservados al padre (varón). De esta forma, se inició un lento y largo proceso dirigido a situar ambas figuras parentales en un plano de igualdad en todas las esferas relacionadas con el cuidado y crianza de los hijos. Así, podríamos señalar que esta institución comienza a gestarse en el Derecho anglosajón en el año 1925, fecha en que se promulga en Inglaterra la *The guardianship of Infants Act*, primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente había ejercido el progenitor a través de una potestad suprema, exclusiva y excluyente. Este instrumento consagró, además, que en los casos de cuidado personal los tribunales debían velar por el bienestar de los niños como consideración suprema, principio que fue introducido en la legislación de todos los estados australianos durante los diez años

13

² Así, es posible detectar que algunos buscadores de jurisprudencia extranjeros catalogan este tipo de custodia bajo la expresión “custodia compartida” para referirse, en realidad, a la distribución del cuidado personal de los hermanos entre ambos progenitores.

³ En efecto, se ha estimado que el principio de la unidad familiar resulta de una obviedad pedagógica elemental, ya que los hijos se autoeducan por la imitación y el contacto con sus padres y hermanos, afirmándose que la separación de éstos crea extrañeza y ruptura de ciertos lazos que el derecho no puede ignorar. Cfr. E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1982, tomo II: La separación y el divorcio en el Derecho español vigente, vol. 1º, p. 333. En sentido similar, en Italia, F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 410.

subsiguientes y que fue recogido en la Section 1 de la *The Children Act* de 1989 (Inglaterra).

Esta incipiente consagración legal fue expresión de un fenómeno sociológico que estaba también germinando fuertemente en Estados Unidos. Así, el reconocimiento de un mayor protagonismo de la mujer en la esfera privada intensificó los movimientos sociales que habían nacido inspirados, en su gran mayoría, por diversas ideologías feministas que pretendían alcanzar una igualdad real entre hombre y mujer en el plano familiar.

Esta revolución social se reflejó, en el ámbito jurídico, en la generación de corrientes doctrinales y jurisprudenciales tendientes a defender, sobre la base de diversas orientaciones, la asunción de un nuevo modelo de organización de la familia posdivorcio. Si estas teorías elaboradas fundamentalmente a lo largo del siglo XX son evaluadas y contrastadas en la actualidad, pueden observarse ciertas contradicciones pese a que están, en general, basadas en principios similares (fundamentalmente en el interés superior del hijo). Se trata, en suma, de criterios jurídicos que fueron reflejando la enorme transformación producida en el ámbito de los derechos individuales y su consiguiente repercusión en las relaciones interpersonales desarrolladas en el seno familiar.

Pues bien, dentro de la evolución de la custodia compartida debemos detenernos en el Derecho estadounidense, donde este instituto fue introducido por primera vez⁴. Este país cuenta con un ordenamiento jurídico de peculiares características en la regulación del cuidado de los hijos, constituyendo una de las legislaciones más vanguardistas en la materia.

En el desarrollo histórico-jurídico de la custodia compartida en este país es posible distinguir las siguientes doctrinas: “los años tiernos” o preferencia materna (*tender years* o *maternal preference*); el criterio del mejor interés de los hijos (*best interest of the child standard*); la custodia compartida propiamente dicha (*joint custody*), a cuyo análisis se refiere este trabajo; el dador de cuidados básicos (*primacy caretaker presumption* o *primary caregiver*); la regla de la dualidad paterna/dual responsabilidad (*dual parent/dual responsibility*); y la regla de la aproximación (*approximation rule*). No nos referiremos a la doctrina del mejor interés de los hijos, ya que su estudio rebasa con creces el objeto de este trabajo.

⁴ Aunque la doctrina mayoritaria fija el nacimiento de esta figura jurídica en California en 1979, se ha señalado que, sin embargo, con anterioridad, en 1967, Carolina del Norte aprobó un estatuto que permitía la adopción de la *joint custody* después del divorcio, sólo si con ella se garantizaba claramente al mejor interés del hijo. Cfr. J. FOLBERG, “Custody overview”, in J. FOLBERG (ed.), *Joint Custody and Shared Parenting*, 2ª ed., New York-London, The Guilford Press, 1991, p. 5 y H. JACOB, *Silent revolution: transformation of divorce law in the United States*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988, p. 135.

a) La doctrina de los “años tiernos” o de la “preferencia materna”
(*tender years o maternal preference*)

Esta doctrina, que surgió en Inglaterra aproximadamente en 1880 y fue aplicada con rigor hasta la década de los setenta en Estados Unidos, descansa en la presunción de que toda madre goza *per se* de las aptitudes suficientes para dispensar los cuidados que requieren los hijos. Bajo este supuesto, los niños de corta edad eran entregados a la madre, a menos que ella presentase una incapacidad manifiesta para desempeñar dicho cometido.

Esta corriente tuvo su apogeo en el siglo xx, período durante el cual las mujeres estadounidenses alcanzaron cierto grado de igualdad frente a los hombres en el plano social, político y, por cierto, en la esfera privada-familiar. Así, llegaron a conquistar la categoría de “jefas de familia” tras la ruptura conyugal, lo cual les permitía seguir ejerciendo el cuidado de sus hijos.

Al respecto, N. Polikoff⁵ afirma que el establecimiento de la preferencia materna en las decisiones sobre el cuidado personal fue positivo para los hijos en la medida que reflejó un cambio en la concepción de los menores como propiedad y reconoció sus supremas necesidades de cuidado y crianza. Sin embargo, no fue una doctrina legal apropiada y útil por mucho tiempo, pues, poco a poco, desapareció la noción que asignaba sólo a las madres la ejecución de dichos roles.

En este sentido, resulta paradójico que el origen de la doctrina “de los años tiernos”, esto es, la reivindicación de los derechos de la mujer en la familia, haya sido el mismo bastión de lucha que provocó su erradicación de diversos textos legales que, durante gran parte del siglo xx, fueron aplicados a los conflictos familiares bajo el convencimiento de que era la mejor forma de proteger a los hijos y que sirvieron de inspiración a una tendencia legislativa y jurisprudencial que aún es aceptada socialmente y que se encuentra fuertemente arraigada en numerosos ordenamientos jurídicos⁶.

De esta forma, a fines del siglo xx asistimos a un ingente movimiento feminista que, fundándose en los principios de igualdad y no discriminación, pretende reivindicar el papel de la mujer en la familia, desterrando las enraizadas funciones atribuidas a la madre, a través de la derogación

⁵ Cfr. N. POLIKOFF, “Why are mothers losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations”, in *Women's Rights Law Reporter*, vol. 7, 1982, p. 243.

⁶ En el artículo 225 del *Código Civil* chileno, que entrega a la madre el cuidado de los hijos si los padres están separados, encontramos un resabio de esta doctrina, pese a que se encuentra prácticamente abandonada por la generalidad de las legislaciones. Sobre el cuidado personal de los hijos en Chile, véase Fabiola LATHROP GÓMEZ, *Cuidado personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Santiago, Puntotext, 2005.

de dicha presunción legal. En este sentido, según Elizabeth Scott⁷, la evolución de los papeles parentales fue minando la preferencia materna en la custodia. En efecto, aunque más tarde algunas feministas desconfiaron del criterio del mejor interés del hijo porque la presunción “de los años tiernos” parecía reforzar las estereotipadas normas de género, inicialmente apoyaron la innovación que éste presentaba. De esta forma, California lideró el abandono de la preferencia materna, instaurando un estándar neutral de género. Así lo demuestra la modificación introducida por la ley de 17 de agosto de 1972⁸, que eliminó la regla conforme a la cual el cuidado personal debía ser entregado a la madre si el hijo era de corta edad.

Pues bien, todavía más paradójico es que a esa demanda se hayan sumado –a partir de los años ochenta– los mismos colectivos y asociaciones de padres (varones) separados y divorciados, invocando una discriminación arbitraria en razón de sexo que les inhabilitaba para ejercer el cuidado de sus hijos.

Bajo este panorama y con el objetivo de redefinir el derecho relativo al cuidado de los hijos sobre patrones de género de carácter neutral, surgen la custodia compartida y las doctrinas que describiremos brevemente a continuación.

16 b) La doctrina del dador de cuidados básicos (*primacy caretaker presumption o primary caregiver*)

Esta doctrina forma parte de una corriente de la literatura jurídica estadounidense generada a fines de la década de los ochenta que pretendió, por una parte, crear criterios alternativos para el cuidado personal de los hijos con la finalidad de resolver los problemas derivados de la indeterminación y vaguedad del concepto del *favor filii* y, por otra, poner freno a la proliferación de la custodia compartida (*joint custody*). Fue recogida, aunque por breve tiempo, en las legislaciones de Minnesota y West Virginia y consiste, a grandes rasgos, en la evaluación del desarrollo de la vida del hijo antes del divorcio de sus padres. Sin descartar la labor irremplazable del otro progenitor, en cuyo favor se fija un régimen comunicacional, trata de establecer quién de los padres asumió el cuidado del hijo y construyó con él vínculos afectivos más fuertes hasta antes de la crisis matrimonial.

Esta teoría descansa en un estándar neutral en cuanto al sexo de los progenitores y tiene como valor supremo la preservación de las relaciones del hijo con el padre que ha ejercido la crianza y el cuidado primario del hijo durante el matrimonio.

⁷ Cfr. Elizabeth SCOTT, “Pluralism, Parental Preference and Child Custody”, in *California Law Review*, vol. 80, California, 1992, p. 620.

⁸ Act of Aug. 17, 1972, ch. 1007 sec. 1, 1972 California Statutes 1855, 1855- amending *California Civil Code* §4600 (a).

Se trata de una doctrina fuertemente apoyada por un importante sector de autoras feministas. Así, en el plano doctrinal destaca Fineman, quien señala que la experiencia de las madres como cuidadoras primarias durante el matrimonio y después del divorcio, no figuraría adecuada ni significativamente en las normas sobre el cuidado personal de los hijos. Esta autora, en un artículo publicado en 1988, sugiere un regreso al modelo legal de custodia a través de la teoría del *primary parent*, es decir, el reconocimiento del progenitor primario o básico⁹.

c) Doctrina de la dualidad paterna/dual responsabilidad
(*dual parent/dual responsibility*)

A la teoría del dador de cuidados básicos han sobrevenido nuevas formulaciones que se caracterizan por enunciar, con mayor apego a la realidad de Estados Unidos¹⁰, propuestas que propenden a la radicación del cuidado personal en la madre.

Se trata de la *doctrina de la dualidad paterna/dual responsibility*, cuya premisa es que el mantenimiento general del hijo y el desarrollo del régimen comunicacional deben continuar a pesar de la crisis familiar. Progenitor e hijo están unidos en una forma positiva y extendida, de modo que éste consigue un adecuado beneficio de los recíprocos y amplios deberes parentales y, a su vez, los padres cumplen sus responsabilidades de cuidado físico y emocional independientemente de quien tiene la custodia. El “progenitor principal”, esto es, quien reside con el hijo, continúa siendo responsable del cuidado del niño por la mayor parte del día; mientras que el padre no residente es también requerido para proveer al cuidado y bases regulares, aunque por una cantidad de tiempo menor: debiera cuidar al hijo, como promedio, el 20% del tiempo total que exige su crianza.

Conforme a la teoría de dualidad paterna/dual responsabilidad ideada por K. Czapanskiy¹¹, el énfasis no está solamente en el número de horas que

⁹ Nos referimos al artículo de Martha FINEMAN, “Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decisionmaking”, in *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988, pp. 727-774.

¹⁰ En Estados Unidos, el 90% de las madres divorciadas son designadas como las guardadoras de los hijos. Así lo afirma J. CARBONE, “Income sharing: redefining the family in terms of community”, in *Houston Law Review*, vol. 31, N° 2, 1994, p.385, n. 135. Por otra parte, estadísticas recientes muestran que las madres llevan una ventaja en las familias monoparentales en un margen de 5 a 1 en relación con los padres varones. Cfr. D. MEYER, “The constitutional rights of non-custodial parents”, in *Hofstra Law Review*, vol. 34, ciudad, 2006, p. 1.469.

¹¹ Véase. K. CZAPANSKIY, “Child support and visitation: rethinking the connections”, en M. MINOW (ed.), *Family Matters: Readings on Family Lives and the Law*, New York, A new press “Law in Context”, 1993, p. 351 y ss.

el padre pasa con el hijo sino en la regularidad y normalidad de la participación de dicho progenitor en la vida de éste. De este modo, no sólo se exige el cuidado necesario al padre que vive con el niño sino, además, al no custodio, del cual se espera que coopere con dicha crianza a través de bases regulares y predecibles, ya sea durante días de la semana, fines de semana, períodos de vacaciones o una combinación de esos tiempos. Yendo más lejos, podría ejercer las responsabilidades parentales normales, como permanecer toda la noche con el niño, supervisar sus deberes y llevarlo a sus actividades habituales. Proporcionar solamente entretenimiento no sería suficiente ni apropiado¹².

La dualidad paterna/dual responsabilidad obedece a mejores aproximaciones en el desarrollo de las relaciones del niño con ambos padres y al cumplimiento por éstos de las responsabilidades hacia el hijo. Esta teoría alcanzaría dicha meta al prever que ambos progenitores efectúen todas las prestaciones que sean capaces de realizar a favor del niño, dejando, al mismo tiempo, espacio para las legítimas necesidades de autonomía de ambos padres durante la minoría de edad del hijo¹³.

Sin embargo, debe evaluarse la viabilidad de esta teoría en el reparto de responsabilidades y adopción de decisiones cotidianas en relación con el hijo. En este sentido, cabe preguntarse si la participación en la toma de determinaciones respecto de éste debe o no coincidir con el porcentaje del cuidado personal llevado a cabo por dicho progenitor, cómo se distribuyen tales resoluciones, cuáles son los límites, etcétera¹⁴.

d) Regla de la aproximación (*approximation rule*)

Por último, nos referiremos a la teoría denominada *regla de aproximación*, construida por Elizabeth Scott¹⁵ en la década de los noventa.

¹² Esta cuestión se relaciona con el denominado síndrome de Disneylandia (The weekend Disneyland Daddy Syndrome), en virtud del cual los hijos son tratados como (y sólo como) huéspedes de especial consideración.

¹³ Cfr. CZAPANSKIY (n. 11), p. 353.

¹⁴ Cfr. M. HUAITA ALEGRE, "Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña", en *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999, p. 566.

¹⁵ La teoría *approximation rule* fue propuesta por SCOTT (n. 7), pp. 615-672. Sus postulados –bajo la denominación *the past caretaker standard*– han sido promocionados por el American Law Institute a través de sus *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, en especial, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* §2.03, *Tentative Draft* N° 3 Part I, Philadelphia, 1998, 405 pp., publicado por el mismo Instituto. Además, ha sido adoptada por la legislación de West Virginia (*West Virginia Code* §48-9-206, 2001). Sobre esta teoría véase M. MELLI, "The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting", in *Northern Illinois University Law Review*, vol. 25, 2005, pp. 358-361.

Esta doctrina rechaza la división tradicional de los roles de la crianza del hijo, esto es, la existencia de un padre “custodio” y “no custodio” y el concepto de “visitas”. Favorece la asignación de la responsabilidad en el cuidado del hijo (*custodial responsibility*) acercándose a la distribución de las funciones que las partes ejercían antes de la intervención judicial. Un objetivo explícito de esta doctrina es prescindir de la falta de determinación y del prejuicio potencial que posee el estándar del interés superior, para conservar, de la mayor forma posible, las rutinas y deberes que ambos padres habían adquirido y desarrollado antes de la ruptura matrimonial. Se trata de ubicar la custodia de los hijos lo más cerca posible de la situación familiar anterior a la separación. De esta forma, en los casos en que sólo uno de los progenitores era el dador de cuidados básicos, es éste quien debe continuar ejerciendo el cuidado personal de los hijos. No obstante, en los casos en que el otro padre o madre también haya asumido responsabilidades en dicha función, podría aplicarse la alternativa de la custodia compartida, respetando la manera en que venía desenvolviéndose la vida del hijo. A nuestro juicio, en estos casos, el padre “no tradicional”, que ya ha compartido con la madre la crianza de los hijos, es quien menos resiente la separación, pues ha adquirido un papel específico frente a la mujer y los hijos, que no disminuye con la interrupción de la convivencia y, por ende, no tiene necesidad de incoar “batallas judiciales” para obtener la custodia compartida.

19

Esta formulación tiene su origen en la doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos a la que nos referimos anteriormente, aunque difiere de esta última en que el análisis del historial de la crianza del hijo no es importante solamente para determinar cuál de los progenitores debe continuar como guardador sino, también, en el establecimiento de los tiempos durante los cuales el niño debe transcurrir con el otro padre o madre.

El elemento fundamental de esta teoría es la reproducción –posdivorcio– del desarrollo de las funciones parentales de cuidado y crianza anteriores a la ruptura. En este sentido, la autora expone sus planteamientos desde una realidad sociofamiliar que califica de innegable: es la madre quien en la gran mayoría de los casos se dedica al cuidado de los hijos y sólo excepcionalmente, los progenitores varones asumen cierto grado de responsabilidad en dicha crianza.

Su premisa es que ninguna de las doctrinas planteadas para la determinación de la atribución de la custodia de los hijos es totalmente útil. Las reglas que favorecen a las madres ofrecen a las mujeres un beneficio inmediato, pero refuerzan el estereotipo de los roles de género¹⁶. Por su parte, el principio del mejor interés del niño se ha visto superado por la problemática de la asignación del cuidado personal, que es cada vez más amplia y discrecional.

¹⁶ Cfr. SCOTT (n. 7), p. 618.

Además, este criterio no reflejaría el cuidado parental pasado del hijo como una base para la custodia, pues las normas sólo implícitamente animan a los jueces a ponderar la participación parental¹⁷. La evidencia de que los jueces continúan favoreciendo a las madres en las disputas sobre custodia, sugiere que la función de cuidado previa al divorcio está siendo considerada, aunque la importancia del desempeño parental durante el matrimonio se ha diluido bajo el criterio del mejor interés del hijo¹⁸.

III. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Como hemos señalado, la custodia compartida constituye un mecanismo que en las últimas décadas ha suscitado un importante debate jurídico y social en torno a la familia y particularmente, en cuanto al bienestar de los hijos.

Podemos afirmar que los ejes sobre los cuales descansa la custodia compartida son la igualdad parental, el principio de corresponsabilidad familiar y el derecho del hijo a la coparentalidad, es decir, el derecho a mantener un contacto directo y regular con ambos progenitores.

1. Igualdad parental

En la gran mayoría de los países cuyas legislaciones contemplan la custodia compartida, el establecimiento de la misma ha estado precedido por un importante debate social y jurídico en torno a la igualdad real o material entre los progenitores¹⁹ y, si bien en Europa la recepción legal de la custodia conjunta no siempre ha ido acompañada de una declaración expresa que refuerce la igualdad de roles parentales, claro está que ha sido una de sus directrices informadoras²⁰. En otros países, sin embargo, se ha consagrado

¹⁷ Así sucede, por ejemplo, con la section 402 de la *Uniform Marriage and Divorce Act* de 1970 que enuncia, sólo como uno de los factores de consideración para el juez al decidir sobre la custodia, la interacción e interrelación del menor con su padre o padres. Cfr. §402(3), 9 A, ULA, 561 (1987). Esta Ley Uniforme sobre Matrimonio y Divorcio ha sido promulgada en ocho estados de Estados Unidos: Arizona, Colorado, Illinois, Kentucky, Minnesota, Missouri, Montana, y Washington.

¹⁸ Cfr. SCOTT (n. 7), p. 621.

¹⁹ Al respecto, véase Fabiola LATHROP GÓMEZ, "Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores", en A. FIGUERUELO, M.L. IBÁÑEZ, R.M. MERINO (ed), *Igualdad ¿para qué? (A propósito de la L.O. de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*, Granada, Comares, 2007, pp. 251-280.

²⁰ Así sucede, por ejemplo, en Suecia, donde se ha afirmado que 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; agregando, en este sentido, que las normas suecas parten del supuesto de que ninguno de los padres es más idóneo que el

positivamente el deber de considerar a ambos padres en pie de igualdad para la determinación de los derechos y responsabilidades parentales, sin conceder preferencia a uno de los progenitores respecto del otro debido a su sexo, edad, estado civil o sexo del hijo. Así sucede en un gran porcentaje de estados de Estados Unidos como, por ejemplo, Kansas, cuya ley establece que 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 que no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o de 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*)²¹.

En efecto, su establecimiento ha sido impulsado, principalmente, por asociaciones de padres (varones) separados y divorciados que, reivindicando su papel en la formación integral de sus niños sobre la base del principio de igualdad, demandan al Estado el reconocimiento legal de un mayor protagonismo en el desarrollo de las funciones de convivencia con los mismos. De esta forma, entre las ventajas que este instituto presenta frente a la custodia unilateral, se aduce que fortalece la igualdad de roles entre hombres y mujeres, padres y madres, y su progresiva y equitativa responsabilidad en la educación de sus hijos, quienes se verían beneficiados al crecer en un ambiente donde los valores de la igualdad y respeto quedan mejor protegidos que en el actual sistema patriarcal y sexista²².

En España, la ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el *Código Civil* y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio,

otro para obtener la custodia simplemente en razón de su sexo. Cfr. MINISTRY OF JUSTICE, Sweden, "Custody of Children", in *Fact Sheet*, may, 2000, p. 2.

²¹ Cfr. Kansas Statute N° 60-1610, chapter 60, article 16, 3), B.

²² A las ventajas de este instituto se refieren, entre otros: Luis MIZRAHI M., *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 422; R. SPARPAGLIONE, "Affidamento congiunto... re melius parpensa", en V. CIGOLI; G. GULOTTA y G. SANTI, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, Giuffrè editore, 1997, p. 363 y ss.; O. CANALI, "L'affidamento congiunto o custodia associata: una possibile alternativa", in V. CIGOLI; G. GULOTTA y G. SANTI, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, Giuffrè editore, 1997, p. 345 y ss.; R. TAMBORERO DEL RÍO, "La guarda y custodia compartida", en VV.AA., *Diez años de Abogados de Familia*, Madrid, La Ley, 2003, p. 518; G. POUSSIN y A. LAMY, *Custodia compartida*, Madrid, Espasa, 2005, p. 47; J. PASTOR VITA, "Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del *Código Civil* en materia de separación y divorcio", en *Diario La Ley*, N° 6235, 20 de abril de 2005, Ref.º D-93, p. 15; S.S. MAZZONI, "L'affido congiunto nella rappresentazione delle persone che si stanno separando", in M. MALAGOLI, *Affido congiunto e condivisione della genitorialità. Un contributo alla discussione in ambito psicogiuridico*, Milano, Franco Angeli, 2005, p. 130; A. PÉREZ VEGA, "La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 9, 2005, p. 676; M. LINACERO DE LA FUENTE, "Leyes de familia y constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005 de 8 de julio", en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2006, p. 70.

junto con facilitar el acceso a ambas figuras mediante la supresión de los plazos exigidos para la acreditación del cese de la convivencia, suscitó un interesante debate en cuanto a la figura de la custodia sucesiva y su conveniencia. El ministro de Justicia español de ese entonces, señalaba, en cuanto a la igualdad de roles que ambos progenitores deben desempeñar en el ejercicio de la corresponsabilidad parental, que la reforma estaba dirigida a la más plena igualdad de derechos y oportunidades de la mujer; que se trataba de desterrar la concepción que tradicionalmente le es asignada a la mujer en el cuidado familiar (binomio maternidad-hogar), mediante la creciente asunción de roles compartidos por ambos progenitores en lo que respecta al cuidado personal de los hijos. Para que la mujer participe en condiciones de equidad en la vida pública –señalaba el Ministro– debe garantizarse que pueda hacerlo también en su vida privada²³.

Sin embargo, algunos sectores han cuestionado el discurso tradicional de igualdad de género que subyace en la defensa de la custodia compartida, pues ésta conduciría más bien hacia la igualdad formal y no material²⁴, llegando, incluso, a sostenerse que la instauración de la custodia compartida crearía una desigualdad en el resultado²⁵. Ello se produciría debido a que el mayor grado de poder contractual de los padres, fruto de esta cultura igualitaria, se vería reforzado ante la imposición judicial de esta modalidad de cuidado personal de los hijos. El modelo de estructura familiar actual, al diseñarse sobre la base de una distribución complementaria de responsabilidades, invisibilizaría las relaciones de poder entre hombres y mujeres y la posición subordinada de éstas en la familia. Así, si bien se experimentan algunas transformaciones en los roles que tradicionalmente le son asignados al hombre y a la mujer, el reparto del trabajo doméstico y las prácticas reales de cuidado de los niños continuarían radicadas primordialmente entre las mujeres.

2. La corresponsabilidad parental o familiar

A grandes rasgos, podemos decir que el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.

²³ Cfr. J. LÓPEZ AGUILAR, “Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 655, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 2005, parte comentario, pp. 4-5.

²⁴ Cfr. A. GOIRIENA LEKUE, “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género”, en *Aequalitas*, N° 16, enero-junio, 2005, p. 57.

²⁵ En efecto, sectores feministas han criticado la doctrina de la custodia alternada calificándola como una vía que otorga poder a los padres como colectivo, debilitando, a su vez, el poder individual de las madres. Cfr. HUAITA ALEGRE (n. 14), p. 558.

La CDN, de 1989, ha sido uno de los primeros tratados en reconocer el principio de la corresponsabilidad parental como un derecho humano de los niños y adolescentes. En efecto, su artículo 18 establece que

“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (...)”.

Por su parte, el artículo 5 de la CEDAW, de 1979, requiere el reconocimiento por parte de los Estados de una

“(...) responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.

Por otra parte, su artículo 16 prescribe que:

“los Estados Partes (...) asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

23

Pues bien, dejando por un momento el análisis netamente jurídico de este principio, debemos señalar que la custodia compartida está siendo introducida en diversos ordenamientos jurídicos pertenecientes a un contexto histórico, social y geográfico en que el divorcio y la separación han alcanzado cifras altísimas²⁶ y en el cual, el matrimonio es concebido como un compromiso entre dos personas que, sobre la base de la libertad y la autodeterminación, puede ser revocado cada vez con mayor facilidad, de forma que las aspiraciones personales de las partes no están subordinadas a las exigencias de la institución matrimonial.

²⁶ En Europa, de acuerdo con los índices EUROSTAT, en el año 2004, por cada mil habitantes las tasas de divorcio en algunos países eran las siguientes: España, 2,1; Italia, 0,8; Irlanda, 0,7; Inglaterra, 2,8; Francia, 2,1; Lituania 3,2; Suecia 2,4; República Checa, 3,2 y Bélgica 3,0. Asimismo, la relación entre parejas casadas y divorciadas en el año 2001 indicaba que por cada 100 parejas casadas se divorciaban: en Bélgica 69,7; Suecia y Finlandia, 59,8; y en Inglaterra, 50,5. En Estados Unidos esta última tasa es de 50.

En efecto, suele hablarse del fenómeno del *démariage*²⁷ como síntoma de una tendencia a facilitar, tanto la celebración como la disolución del matrimonio, de una realidad que no es sino la expresión de una fuerte crisis en el seno de las relaciones conyugales. Así, el reconocimiento progresivo de la autonomía individual de los cónyuges se ve reflejado, por una parte, en la tendencia a reducir las exigencias legales previstas para el pronunciamiento del divorcio y, por otra, en la denominada cultura jurídica de la autorregulación, manifestada, entre otros elementos, en la introducción de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos, de creciente aceptación en Europa²⁸, que pretende eliminar los procedimientos contenciosos para ceder lugar al tratamiento de la conflictividad matrimonial sobre la base de los acuerdos de los ex cónyuges. Esta libertad conllevaría un ámbito de disposición de las partes en las materias relativas a su situación conyugal, pero no así, en cambio, respecto de la esfera paterno-filial que permanece prácticamente inalterada y férreamente protegida por la intervención judicial, a través de la realización del interés superior del hijo.

Pues bien, cabe preguntarse, ¿por qué se observa una creciente tendencia a adoptar el principio de la corresponsabilidad en el ámbito de las relaciones filiales si, por el contrario, la desunión conyugal es cada vez más patente? ¿Cuál es el factor que debiera asegurar el adecuado ejercicio de la coparticipación parental si ésta no ha sido precedida por una aceptable relación conyugal?

²⁷ Esta expresión ha sido acuñada en el Derecho francés para aludir a la tendencia de la banalización del divorcio, es decir, al hecho de que el matrimonio se haya convertido en una experiencia subjetiva, una cuestión privada, en definitiva, un contrato entre particulares. En este sentido, véase I. THÉRY, *Le démariage*, Paris, Ed. O. Jacob, 1993, en especial, pp.128-139. La contractualización de las relaciones familiares y la notoria neutralidad de la esfera pública frente a las decisiones de los individuos en el ámbito de su vida íntima y privada, han generado el surgimiento de dos otros importantes fenómenos que conducen a una redefinición del concepto de matrimonio. En primer lugar, el fuerte crecimiento de las convivencias de hecho que, habiendo asumido la configuración de formas estables de vida familiar y alcanzado cada vez más un sólido reconocimiento social, contribuyen a atenuar el papel central tradicionalmente reconocido a la familia fundada en el matrimonio. En segundo lugar, la aceptación legal por parte de diversos Estados europeos de las uniones civiles entre personas del mismo sexo o del matrimonio, sobre la base de una verdadera extensión de la libertad matrimonial.

²⁸ La tendencia a la autorregulación ha tenido gran auge en Inglaterra (*settlement culture*), donde a partir de la *Family Law Act* de 1996 se ha implementado fuertemente el sistema de mediación. Algo similar ha ocurrido en Francia con la ley N° 2002-305 de 4 de marzo de 2002 que, confirmando el principio de la coparentalidad enunciado en precedentes disposiciones normativas, ha favorecido la intervención del mediador familiar para permitir los acuerdos entre los progenitores, prescribiendo que el juez debe considerar, en primer lugar, las decisiones adoptadas por estos últimos.

Como se ha puesto de manifiesto en el ámbito de la Sociología del Derecho, la regulación de las relaciones parentales a la luz del interés superior del hijo representa, hoy en día, el punto fundamental de la reglamentación jurídica de la familia. Así, el ordenamiento familiar está siendo construido en un contexto de interrelación entre “lo público” y “lo privado”. Dinámica que se caracteriza, por un lado, por la aceptación y reconocimiento de las decisiones autónomas de los individuos adultos y la renuncia a la definición de los derechos y deberes precisos entre los cónyuges y, por otro lado, por la ampliación de las intervenciones jurídicas y sociales en las relaciones filiales. En este sentido, existen diversas corrientes que explican el reforzamiento del principio de la corresponsabilidad posmatrimonial²⁹.

Así, se ha señalado que el modelo de intervención pública generado en relación con la familia está basado, fundamentalmente, en los vínculos de parentalidad, a los cuales se les estaría atribuyendo un grado de indisolubilidad comparable al asignado en el pasado al matrimonio. De esta forma, hombres y mujeres son reconocidos como seres libres y autónomos en cuanto a sus decisiones y elecciones como cónyuges, pero no como progenitores, pues el aparato estatal puede intervenir con la finalidad de verificar si el ejercicio de la autoridad parental resulta realmente conforme a los intereses del hijo³⁰.

Por otro lado, se ha afirmado que, junto a la coparentalidad se subentiende una nueva visión del matrimonio, el cual es visto como un doble contrato: resoluble en la parte relativa a la unión conyugal, pero no en cuanto a las relaciones paterno-filiales; en esta segunda parte, algunas cláusulas solamente mutarían tras la cesación de la convivencia³¹. Esta teoría tendría un importante valor simbólico y educativo al destacar las condiciones implícitas en este “nuevo” contrato de matrimonio.

En tercer lugar, se ha señalado que el principio de la subsistencia de la corresponsabilidad parental representa un intento del aparato público por, si bien no imponer, sí sostener fuertemente, valiéndose del conocimiento de los profesionales de la psicología y de su difusión entre los jueces, un determinado modelo de familia: el de la familia indisoluble, no obstante la existencia del divorcio. En este sentido, la situación en la que el hijo se ve privado de la crianza y del afecto de uno de sus padres –que es lo que normalmente ocurre tras la crisis matrimonial–, habría sufrido un vuelco radical; se habría producido una suerte de “exorcismo” de la ruptura pa-

²⁹ Para describir estas corrientes sociológicas nos basamos en P. RONFANI, “Relazioni familiari: evoluzione di modelli e prospettive”, en A. DELL’ANTONIO (a cura di), *Genitori e capacità genitoriale alle soglie del 2000: contributi interdisciplinari*, Roma, Formello Seam, 1999, pp. 25-40, en especial, pp. 32-34.

³⁰ Cfr. J. EEKELAAR, *Regulating Divorce*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 173.

³¹ Cfr. P. AMBROSE; J. HARPER y R. PEMBERTON, *Surviving Divorce. Men Beyond Marriage*, London, Wheatsheaf Books, 1983, pp. 171-174.

rental a través de la creación de leyes que conjugan el *démariage* con su “antídoto”: la coparentalidad. De esta forma, se estaría dando una inversión de las reglas relativas a la autoridad parental. El principio general sería el mantenimiento del ejercicio conjunto de la misma después de la separación y el divorcio y, en cambio, su concesión exclusiva sería la excepción. En la práctica, aunque su aplicación no sea fácil –pero tampoco sea una ilusión–, la idea del mantenimiento de la coparentalidad es una “idea feliz”. Ella demuestra la preocupación por no despojar al hijo de una de sus raíces afectivas y genealógicas y, por otra parte, la intención de sustituir la indisolubilidad del matrimonio por la indisolubilidad de la filiación y afirmar el carácter incondicional y la seguridad del vínculo filial³².

Por último, otras interpretaciones indican que la corresponsabilidad parental podría revelar la tentativa del aparato público por resolver, por una parte, la tensión entre el principio del respeto por la vida privada y por las elecciones autónomas de los individuos –lo cual se expresaría en el acogimiento de la libertad de divorcio– y, por otra, el propósito de mantener la estructura relacional de la familia, incluso, después del fin del vínculo conyugal. En estas teorías subyace el esfuerzo por contrarrestar la fragilidad que ha originado la tendencia a facilitar la disolución del matrimonio en las relaciones filiales³³.

Todas estas visiones sociales parecen estar inspiradas, más que un modelo familiar, en un modelo parental, como si la familia estuviese constituida por relaciones de persona a persona, como si cada progenitor se posicionase en relación con cada hijo sin ninguna referencia a la pareja conyugal o a la pareja parental. Ello explicaría el hecho de que, no obstante la creciente liberalización del matrimonio y del divorcio, subsista, en todo caso, una férrea y compleja regulación jurídica que tutela los efectos de la disolución matrimonial en relación con los hijos. De esta forma, es posible afirmar que en los últimos años ha venido delineándose una nueva configuración de las relaciones familiares. La imagen más apropiada para describirlas no sería más un círculo en cuyo eje está el niño y en cuya circunferencia se dibujan las recíprocas relaciones entre sus padres que van rotando a su alrededor, sino una forma estelar, una constelación que termina siempre con el hijo al centro, sobre el cual, sin embargo, convergen las conexiones tanto de tipo biológico como social con sus progenitores, aunque también separadamente con cada uno de ellos³⁴.

³² Cfr. M.T. MEULDERS-KLEIN, “Familles et Justice: à la recherche d’un modèle de justice”, in M.T. MEULDERS-KLEIN (sous la direction de), *Famille et Justice*, Paris, LGDJ, 1997, p. 633 y THÉRY (n. 27), p. 327 y ss.

³³ Cfr. RONFANI (n. 29), p. 34.

³⁴ Esta figura es descrita por RONFANI (n. 29), pp. 36-38.

A nuestro juicio, si bien estas teorías expuestas pueden constituir, desde una perspectiva sociológica, una de las razones del reforzamiento de la corresponsabilidad parental y, por ende, una de las causas que promueven el establecimiento de la custodia compartida, existen un sinnúmero de factores que explican la masificación de esta institución en el ámbito jurídico. Nos referimos al ingente movimiento social conformado por las agrupaciones de padres separados que, como hemos señalado anteriormente, reivindican un mayor protagonismo en la crianza de los hijos tras la ruptura conyugal³⁵; a la creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo y, consecuentemente, al incremento de la participación masculina en la vida familiar y doméstica. Se trata, en definitiva, de elementos de diversa índole que confluyen en la adopción de esta figura jurídica y que se manifiestan a través de los principios que estamos analizando: la igualdad entre progenitores, la corresponsabilidad parental y el derecho a la coparentalidad, al que nos referiremos a continuación.

3. *La coparentalidad*

El reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del hijo con ambos progenitores, no obstante la crisis familiar. En este sentido, es evidente la ventaja comparativa que el cuidado personal compartido presenta frente a la custodia unilateral. Sin entrar a valorar la conveniencia o inconveniencia de esta figura jurídica en el caso concreto, nos parece que sus postulados se basan, a diferencia de la modalidad exclusiva, en la continuación de los lazos filiales afectivos tras la ruptura conyugal o de pareja.

En efecto, la gran mayoría de las críticas dirigidas al cuidado personal unilateral se basan en la defensa del derecho a la coparentalidad. A grandes rasgos, diversos sectores sociales representados en su gran mayoría por las agrupaciones de padres separados o divorciados han señalado que, bajo este último sistema, a menudo se observan relaciones inadecuadas, irregulares o inexistentes entre padre o madre no custodio y los hijos. El cuidado personal compartido, en cambio, tiene por objetivo preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno-materno-filiales de manera que

³⁵ En Estados Unidos, Canadá, algunos países de América Latina y Europa, proliferan este tipo de asociaciones cuyos métodos de difusión e impacto social son cada vez más extremos. Así, por ejemplo, con la finalidad de alcanzar la máxima atención pública sobre sus demandas, en septiembre de 2004 un padre perteneciente a la asociación “Padres por la Justicia” logró escalar el Buckingham Palace disfrazado de Batman. En el año 2006, esta misma organización protagonizó el secuestro frustrado del hijo menor del Primer Ministro británico, véase http://www.elpais.com/articulo/internacional/grupo/padres/divorciados/planeo/secuestrar/hijo/menor/Tony/Blair/elpporint/20060118elpepuint_4/Tes.

se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres³⁶. Por ello se viene observando cierta tendencia en la doctrina y jurisprudencia extranjera que considera positivo otorgar el cuidado personal al progenitor que ofrezca las mayores y más adecuadas garantías de acceso al hijo al otro cónyuge³⁷.

La CDN contempla dos normas que recogen la protección de dicho principio. En primer lugar, el artículo 9.3 –referido al derecho del niño que se encuentre separado de uno o ambos progenitores– establece que el menor tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés. En este mismo sentido se expresa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, que en su artículo 24.3, establece que todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

Diversos países han incorporado este principio en sus legislaciones internas.

En Francia, este derecho está reconocido en el artículo 371-4 del *Code*, al establecer que “el hijo tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. Sólo motivos graves pueden impedir este derecho”. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 373-2 del mismo cuerpo legal, referido al ejercicio de la autoridad parental por los padres separados, ordena que “cada uno de los padres debe mantener relaciones personales con el hijo y respetar los vínculos que éste tenga con el otro padre”, agregando su párrafo tercero que cualquier cambio de residencia de uno de los progenitores que

³⁶ En este sentido, L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, en L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y otros, *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 58-60, pone de manifiesto algunas de las desventajas del cuidado personal unilateral. Asimismo, a los efectos psicológicos negativos de la custodia unilateral se refieren J.S. WALLERSTEIN y J.B. KELLY, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, New York, Basic Books, 1980, pp. 28-31 and 36-37. Por su parte, entre los autores que se han referido a las ventajas que la custodia compartida presenta al mantener la frecuencia y constancia de los lazos familiares, se encuentran: SPARPAGLIONE (n. 22), pp. 363-365; CANALI (n. 22), p. 346 y ss.; A. MANNINO y G. VALVO, “Analisi critica relativa a studi e ricerche sull'affidamento congiunto”, in M. MALAGOLI, *Affido congiunto e condivisione della genitorialità. Un contributo alla discussione in ambito psicogiuridico*, Milano, Franco Angeli, 2005, p. 81 y POUSSIN y LAMY (n. 22), p. 47.

³⁷ Este criterio es denominado “friendly parent” en el Derecho anglosajón. Así, por ejemplo, en el estado de Missouri, donde se han adoptado los criterios contenidos en la *Uniform Marriage and Divorce Act*, se ha agregado la exigencia por la cual el juez debe considerar, dentro de los factores que determinan el mejor interés del hijo, qué progenitor está más dispuesto a facilitar al hijo relaciones frecuentes y significativas con el padre o madre no conviviente. Cfr. *Missouri Revised Statutes*, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.(2)(6), de 28 de agosto de 2001.

modifique la forma de ejercicio de la autoridad parental, deberá notificarse previamente y en tiempo hábil, al otro padre, garantizando así el normal desarrollo del régimen de comunicación y estancia. Por otro lado, el artículo 373-2-1 del *Code* establece que, salvo motivos graves, no se podrá negar al padre no conviviente el ejercicio del derecho de visita y el de tener en su compañía al hijo. Y, por último, el artículo 373-2-6 ordena la adopción judicial de las medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad de la conservación de los vínculos del hijo con cada uno de sus padres.

Por su parte, en Alemania, el párrafo tercero del parágrafo 1626 del *BGB* establece que para el bien del hijo debe promoverse una relación con ambos padres, agregando que lo mismo se aplicará respecto de su relación con otras personas que condicionen su desarrollo. El parágrafo 1634 puntualiza esta norma, estableciendo el derecho a obtener información relativa al niño; consagra, además, que el padre al que no corresponda el cuidado de la persona del hijo conserva el derecho al trato personal con éste y que ambos progenitores deben abandonar toda medida que impida o dificulte la educación del hijo o su relación con el otro padre. Asimismo, el párrafo segundo concretiza lo establecido por el parágrafo 1626, al añadir que el tribunal familiar podrá regular más concretamente las condiciones del trato con el hijo y de su ejercicio, aun respecto de terceros. Además, llama la atención la extensión de las personas respecto de las cuales se goza de este derecho; en efecto, el párrafo primero del parágrafo 1685 del *BGB* lo reconoce a favor de los abuelos y hermanos, agregando, incluso, en el párrafo segundo, que lo mismo se aplicará para los *cónyuges o anteriores cónyuges de uno de los padres* que hayan convivido en comunidad doméstica durante cierto tiempo con el hijo y para las personas bajo cuyo cuidado familiar éste hubiere permanecido durante cierto tiempo, extendiendo así notablemente el ámbito subjetivo de este derecho-función.

Por último, en el Derecho estadounidense, la UCCJEA de Estados Unidos de 1997, recomienda el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio, directriz que numerosos estados han incorporado a sus legislaciones³⁸.

³⁸ Entre ellos, California, cuyo artículo 3020 letra b) del *California Family Code* establece que el poder legislativo considera y declara que es política 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 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 menor con arreglo a lo previsto en el artículo 3011 de dicho cuerpo legal. En términos similares se pronuncia la legislación de Maine (número 1.C de la *Maine Revised Statutes Annotated*, title 19-A: Domestic Relations §1653, sub-§1, de 21 de septiembre de 2001); Louisiana (letra D del artículo 131 sobre Custody of children pending the litigation del *Civil Code*); Idaho (*Idaho Statutes*, Title 32 –Domestic relations, Chapter 7– Divorce

IV. EL MODELO DE PRESUNCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

La mayoría de los países que han consagrado legalmente la custodia compartida, han optado por mencionarla expresamente como una de las posibilidades de organizar la convivencia con el hijo luego de la ruptura conyugal o de pareja. Así sucede, por ejemplo, en España³⁹. En cambio, en otras legislaciones se ha señalado que el juez debe “valorar prioritariamente” el establecimiento de esta figura, como en el caso italiano⁴⁰ o, bien, indirectamente, se ha promovido su introducción en la dinámica familiar mediante una técnica legislativa que la menciona como primera opción dentro de las normas que regulan el cuidado personal de los hijos. Así sucede en Francia⁴¹.

Por otra parte, sobre la base del respeto al derecho a la coparentalidad, en diversos ordenamientos jurídicos la custodia compartida se ha convertido en un modelo supletorio de regulación del cuidado de los hijos en caso de ruptura matrimonial o de pareja, efecto que se logra a través de la presunción de la custodia conjunta como modalidad a implementar. Es el

Actions, 32-717B, párrafo segundo del número 2); Missouri (número 4 de los *Missouri Revised Statutes*, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.1, de 28 de agosto de 2001); Pennsylvania (*Consolidated Statutes*, Title 23: Domestic Relations, §5301); Nevada (*Nevada Revised Statutes*, Chapter 125, NRS 125.460); Montana (*Montana Code Annotated 1995*, artículo 40-4-222); y Texas (*Texas Family Code*, chapter 153 – Conservatorship, possession and access §153.251, b). Asimismo, los *Wisconsin Statutes and Annotations*, Chapter 767, Actions affecting the family: 767.41.4(c), refuerzan el derecho a la coparentalidad al establecer que ningún tribunal puede denegar o conceder períodos de convivencia física ante el incumplimiento de cualquier obligación financiera a favor del niño o, si las partes estuvieron casadas, a favor del ex cónyuge.

³⁹ En esta país, la ley 15/2005 de 8 de julio de 2005, muy criticada por su técnica legislativa, ha reformado el artículo 92 del *Código Civil* español, mencionando la posibilidad de cuidado conjunto dentro de la regulación del cuidado personal en general, estableciendo, incluso, la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, sea introducida sin el acuerdo de ambos padres.

⁴⁰ El inciso segundo del artículo 155 del *Código Civil*, modificado por la ley de 8 de febrero de 2006, número 54, “Sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos”, se refiere a las medidas relativas a los hijos, estableciendo que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores, reflejando así, claramente, la inversión del modelo legal de custodia desde la modalidad unilateral a la compartida que pasa a ser la regla general.

⁴¹ En efecto, esta ha sido la opción escogida por la ley francesa N° 2002-305 de 4 de marzo de 2002. El primer párrafo del artículo 373-2-9 del *Código Civil* francés enumera, en primer lugar, la posibilidad de acordar la residencia alternativa del niño en el domicilio de cada uno de los padres, tendiendo así a promover dicha modalidad, y luego, en el párrafo segundo, prevé que esta figura sea introducida sin el mutuo consentimiento de las partes, pero sólo con carácter temporal, con la finalidad de determinar su funcionalidad.

modelo utilizado ampliamente en Estados Unidos y que en el año 2006, ha recogido también Australia⁴².

Cierta doctrina⁴³ considera positivo para el bienestar del hijo la aplicación de este mecanismo jurídico, pues trata de invertir la relación norma-excepción (normalmente, cuidado personal individual; excepcionalmente, cuidado personal conjunto) que rige hasta ahora, con el objetivo de garantizar la continuidad de la vida del hijo.

Así, en Estados Unidos, la custodia conjunta (*joint custody*) comprende dos conceptos. En primer lugar, la custodia legal conjunta (*joint legal custody*), adoptada por la gran mayoría de los Estados, de acuerdo con la cual los padres comparten el derecho de decisión sobre las cuestiones de importancia que afecten al hijo, existiendo un régimen amplio de convivencia que varía en cada estado. La segunda, en cambio, se denomina custodia física conjunta (*joint physical custody*) y se caracteriza por el hecho de que el hijo reside con ambos padres, conviviendo durante lapsos más o menos iguales en la vivienda de cada uno de ellos⁴⁴.

Este último tipo de cuidado personal es considerado como el más apropiado para el interés del hijo por la gran mayoría de los estados. Diversas legislaciones establecen que si uno o ambos padres solicitan que el juez se pronuncie sobre el régimen de cuidado alternado de los hijos y el tribunal no lo concede, éste deberá exponer en su decisión las razones por las que considera que dicha modalidad no coincide con el interés del hijo. Se presume que la custodia alternada es el régimen de cuidado de los hijos que resguarda de mejor forma su interés superior⁴⁵.

⁴² La ley australiana de 2006 establece una presunción legal a favor de la corresponsabilidad familiar y regula el tiempo que el hijo debe pasar con cada uno de sus padres, distinguiendo entre una *igual* cantidad de tiempo y una *substancial y significativa* cantidad de tiempo.

⁴³ Cfr. J. GOLDSTEIN, "En el interés superior de quién", en M. BELOFF (compiladora), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000, p. 115.

⁴⁴ En algunos estados, como California, se establece que por custodia conjunta se entenderá custodia física conjunta y la custodia legal conjunta (artículo 3002 del *California Family Code*). Lo mismo sucede en Montana (*Montana Code Annotated 1995*, artículo 40-4-224, número 2). En Michigan, en cambio, por custodia conjunta se entiende una orden del tribunal en la que se establezca una de las siguientes disposiciones o ambas: a) que el niño residirá de forma alternada 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 (número 7 de la Child Custody Act, 722.26 a).

⁴⁵ Así sucede en el estado de Maine (número 2.D.1) de la *Maine Revised Statutes Annotated*, title 19-A: Domestic Relations §1653, sub-§1, de 21 de septiembre de 2001); Texas (*Texas Family Code*, chapter 153 – Conservatorship, possession and access §153.131); Alabama (*Code of Alabama*, 1975, Acts 1996, N° 96-520, §30-3-152, c), de 1 de enero de 1997); distrito de Columbia (§16-914-2 *District of Columbia Official Code* 2001 Edition); y en Louisiana (letra C del artículo 131 sobre Custody of children pending the litigation del *Civil Code*). El

Este sistema ha sido criticado en la doctrina. En España, por ejemplo, se ha señalado que establecer una presunción legal significaría obligar a los cónyuges a probar que el modelo de custodia compartida no responde, en su propia realidad familiar, al interés superior del hijo, circunstancia que presupone una igualdad entre progenitores que al día de hoy es más formal que material. En este sentido, lo deseable sería que la ley optara por la custodia compartida, dejando a las partes la libertad suficiente para pactar otro tipo de custodia diferente o, bien, discutir dicha fórmula ante los tribunales, estableciendo que la carga probatoria pese sobre la parte que estima inconducente dicho sistema⁴⁶.

A nuestro juicio, el establecimiento de una norma que invierta la carga de la prueba hacia la parte que no está conforme con la custodia compartida, no es sino la aplicación de una presunción simplemente legal de que dicho sistema es el más apropiado para el desarrollo de las relaciones familiares posruptura. No creo que el modelo de presunciones sea la solución correcta. En primer lugar, porque impide detectar que la custodia compartida no es la modalidad más adecuada para implementar en el caso concreto, pues, si previamente a la separación o divorcio los padres tenían dificultades en la adopción de alguna decisión respecto del hijo, al aplicar irreflexivamente este modelo e impedir su debida discusión, el conflicto permanece oculto. Por otra parte, existe el riesgo de crear una excesiva uniformidad en la resolución de cada situación sometida al conocimiento judicial, sin atender a las circunstancias concretas de la misma. Este mecanismo invisibiliza la singularidad de cada realidad familiar e ignora los obstáculos para su aplicación, imponiendo a la parte disconforme un *onus probandi* que puede llegar a ser excesivo. Asimismo, puede crear un efecto perverso que, a la larga, transforme la presunción en una disposición “de papel”. En efecto, si una norma de este tipo se aplicase automáticamente por el juez a las causas de separación o divorcio, podría afirmarse que, teóricamente, en todos esos casos existe una custodia compartida; pero, ¿qué ocurre en la

estado de California establece un orden de preferencia, de acuerdo con el cual el cuidado personal debe concederse, en primer lugar, a ambos padres conjuntamente, o a cualquiera de ellos, existiendo la presunción de que, salvo prueba en contrario, la custodia conjunta coincide con el mejor interés del hijo, siempre que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en la audiencia en la que se deba decidir sobre la custodia del niño (artículo 3040.a) 1) y 3080 del *California Family Code*). En un sentido similar se pronuncian los *Idaho Statutes*, Title 32 –Domestic relations, Chapter 7– Divorce Actions, 32-717B, 4) que, salvo ciertas situaciones, establece que existirá la presunción de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del hijo o los hijos menores; y los *Nevada Revised Statutes*, Chapter 125, NRS 125.490.1.

⁴⁶ Cfr. A. CAÑETE QUESADA, “El anteproyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”, en *Diario La Ley*, año xxv, N° 6140, 2 de diciembre de 2004, Ref.º D-245, p. 6.

realidad práctica?, ¿existe coparticipación parental?, ¿existe alternancia en la residencia de los hijos? Creemos que el énfasis debe colocarse en la adopción de un acuerdo concreto y serio, que prevea de manera detallada el modo a través del cual se llevará a cabo la coparticipación en la crianza del hijo. A mayor abundamiento, S. Brown⁴⁷ señala que entre los efectos negativos de la imposición de la custodia compartida a través de presunciones legales, está la posibilidad que tiene el juez de no considerar o de reenviar decisiones de fundamental importancia sobre responsabilidades precisas a cargo de alguno de los progenitores, de forma que, en la confianza no siempre bien correspondida de que la custodia compartida incentive la cooperación de los progenitores, el juez abdica de su propia función decisoria; en vez de determinar si, en el caso concreto sometido a su conocimiento, existen los presupuestos para el establecimiento de esta figura jurídica. Por otra parte, el sistema de presunción de este régimen de cuidado del hijo produciría el riesgo de estigmatizar como “mal progenitor” a quien solicita su ejercicio tradicional, es decir, unilateral.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde hace un par de décadas, el modelo tradicional de cuidado personal unilateral ha sido duramente cuestionado por diversos sectores de la actividad social y jurídica. Como hemos señalado, además de la reivindicación de la igualdad parental, los principales bastiones de lucha para la conformación de un nuevo modelo de organización familiar posterior a la ruptura matrimonial son dos: el convencimiento de que las responsabilidades familiares deben ser asumidas equitativamente por ambos padres, y la defensa del derecho del hijo a seguir manteniendo relaciones regulares y equilibradas con sus progenitores luego de la separación o el divorcio.

Conforme a ello, la custodia compartida significa que las decisiones relativas al cuidado de los hijos no podrán fundarse en la realización de su interés moral y material sin entender que éste también comprende la satisfacción de estos principios. A nuestro juicio, estos aspectos infundan una nueva regulación en materia de cuidado personal y, además, contribuyen a delimitar con mayor exactitud el amplio concepto de interés superior del hijo, de forma que su generalidad comienza a verse especificada en la ley.

En efecto, introducida positivamente una nueva forma de organizar el cuidado de los hijos, la delimitación del *favor filii* en esta materia consiste en determinar, sobre la base de la valoración de las más detalladas

⁴⁷ Cfr. S. BROWN, “Changes in Laws Governing Divorce. An Evaluation of Joint Custody Presumptions”, in *Journal of Family Issues*, vol. 5, N° 2, 1984, pp. 207-208.

circunstancias, cuál de las modalidades de ejercicio del cuidado personal garantiza un mejor bienestar para el niño. Si lo es el cuidado unipersonal, con cuál de ambos progenitores debe permanecer o, bien, si la custodia compartida satisface adecuadamente dicho interés, qué régimen específico en el tiempo y en el espacio debe establecerse para el ejercicio conjunto del cuidado personal.

Al respecto, estimamos que no deben darse soluciones estereotipadas; debe estudiarse exhaustivamente cada familia, pareja, progenitor e hijo, con sus particulares características. Tan absurdo es oponerse “por sistema” a un régimen de custodia compartida, como tenerlo por idóneo siempre.

En contra de la custodia conjunta se han levantado diversas opiniones catastrofistas. Diversos argumentos peregrinos la han transformado en una figura observada con hostilidad y escepticismo en el mundo jurídico. La falta de estabilidad y de unidad de dirección en el cuidado y educación del hijo son las principales desventajas atribuidas a la custodia compartida. Sin embargo, el cuidado personal compartido no es sinónimo de alternancia estricta de residencias, que es lo que supuestamente podría generar dicha inestabilidad; no existe un único modelo de custodia compartida, de forma que las circunstancias particulares de cada situación son las que definen el modo en que se ejercen los principios de corresponsabilidad familiar y de coparentalidad. Además, en cuanto a la crítica de la falta de “unidad de dirección” en la educación del hijo, cabe destacar que se tiende a confundir el concepto de unidad con unipersonalidad. Así, el primero significa concurrencia de voluntades en un mismo sentido; no equivale, como se ha expresado, a una concentración del poder de decisión en forma individual. Si así fuese, deberíamos concluir que la unidad de criterio en la educación es imposible tras la crisis matrimonial y que si ella es un requisito esencial para la formación, ésta sería irrealizable tras el divorcio o la separación de los progenitores e, incluso, dentro del mismo matrimonio o convivencia de los padres.

En suma, creemos que existe una resistencia más bien preconcebida que racional a aceptar la idea de que los hijos puedan compartir dos casas y dos relaciones parentales. El hecho de que se reconozca legalmente la custodia compartida ayuda a establecer cierta conciencia de corresponsabilidad parental y prepara el camino para una mayor recepción judicial. Si bien las estadísticas no evidencian aún una mayor recepción de este instituto en la jurisprudencia de los países que la contemplan, las reformas legales que han consagrado la custodia compartida han generado un importante efecto pedagógico y promocional de la misma. En efecto, se ha reabierto el debate sobre la igualdad de género, pues para que ambos padres se encuentren en paridad de condiciones durante la negociación acerca del sistema de cuidado personal de los hijos que regirá luego de la

ruptura matrimonial, deben promoverse, entre otros elementos, medidas de acción positiva encaminadas a eliminar la discriminación en contra de la mujer y deben reforzarse las políticas de compatibilización de la vida familiar y laboral. Además, al discutirse sobre esta figura, se ha puesto de manifiesto la imperiosa necesidad de implementar mecanismos alternativos de resolución de conflictos que acerquen a las partes las herramientas necesarias que les permitan arribar a una conclusión propia, consensuada y, por lo tanto, viable, de sus problemas familiares.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSE, P.; J. HARPER y R. PEMBERTON, *Surviving Divorce. Men Beyond Marriage*, London, Wheatsheaf Books, 1983.
- BROWN, S. "Changes in Laws Governing Divorce. An Evaluation of Joint Custody Presumptions", in *Journal of Family Issues*, vol. 5, N° 2, 1984.
- CANALI, O. "L'affidamento congiunto o custodia associata: una possibile alternativa", en V. CIGOLI, G. GULOTTA y G. SANTI, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, Giuffrè editore, 1997.
- CAÑETE QUESADA, A., "El anteproyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio", en *Diario La Ley*, año XXV, N° 6140, 2 de diciembre de 2004.
- CARBONE, J., "Income sharing: redefining the family in terms of community", *Houston Law Review*, vol. 31, N° 2, 1994.
- CZAPANSKIY, K., "Child support and visitation: rethinking the connections", en M. MINOW (edited by), *Family Matters: Readings on Family Lives and the Law*, New York, A new press "Law in Context", 1993.
- EEKELAAR, J., *Regulating Divorce*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- FINEMAN, "Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decisionmaking", in *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988.
- FOLBERG, J., "Custody overview", en J. FOLBERG (edited by), *Joint Custody and Shared Parenting*, second edition, New York-London, The Guilford Press, 1991.
- FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 1982, tomo II: La separación y el divorcio en el derecho español vigente, vol. 1°.
- GODOY MORENO, A.J., "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en VV.AA., *Diez años de abogados de familia*, Madrid, La Ley, 2003.
- GOIRIENA LEKUE, A., "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", en *Aequalitas*, N° 16, enero-junio, 2005.
- GOLDSTEIN, J., "En el interés superior de quién", en M. BELOFF (compiladora), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000.

- HUAITA ALEGRE, M., “Derecho de custodia, neutralidad de género, derechos humanos de la mujer e interés superior del niño o niña”, en, *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.
- JACOB, H., *Silent revolution: transformation of divorce law in the United States*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Cuidado personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Santiago, Puntotex, 2005.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores”, en A. FIGUERUELO, M.L.; IBÁÑEZ, R.M. MERINO (editoras), *Igualdad ¿para qué? (A propósito de la L.O. de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*, Granada, Comares, 2007.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., “Leyes de Familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio, y Ley 15/2005 de 8 de julio”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2006.
- LÓPEZ AGUILAR, J., “Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 655, Pamplona, Editorial Aranzadi, SA, 2005, parte comentario.
- LUIS MIZRAHI, M., *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998. PABLO MURILLO, B. de, “La Reforma Matrimonial (II): La nueva regulación de la separación y el divorcio (comentario a la Ley 15/2005, de 8 de julio)”, en *Repertorio de Jurisprudencia*, N° 14/2005, Pamplona, Editorial Aranzadi, SA, 2005, parte estudio.
- MANNINO, A. y G. VALVO, G., “Analisi critica relativa a studi e ricerche sull’affidamento congiunto”, en M. MALAGOLI, *Affido congiunto e condivisione della genitorialità. Un contributo alla discussione in ambito psicogiuridico*, Milano, Franco Angeli, 2005.
- MAZZONI, S., “L’affido congiunto nella rappresentazione delle persone che si stanno separando”, en M. MALAGOLI, *Affido congiunto e condivisione della genitorialità. Un contributo alla discussione in ambito psicogiuridico*, Milano, Franco Angeli, 2005.
- MELLI, M., “The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting”, in *Northern Illinois University Law Review*, vol. 25, 2005.
- MEYER, D., “The constitutional rights of non-custodial parents”, in *Hofstra Law Review*, vol. 34, 2006.
- MEULDERS-KLEIN, M.T., “Familles et Justice: à la recherche d’un modèle de justice”, en M.T. MEULDERS-KLEIN (sous la direction de), *Famille et Justice*, Paris, LGDJ, 1997.
- MINISTRY OF JUSTICE, Sweden, “Custody of Children”, en *Fact Sheet*, may, 2000.
- PABLO MURILLO, Beatriz de, “La reforma matrimonial (II): la nueva regulación de la separación y el divorcio (comentario a la ley 15/2005, de 8 de julio)”, en *Repertorio de Jurisprudencia*, N° 14/2005.
- PASTOR VITA, J., “Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio”, en *Diario La Ley*, N° 6235, 20 de abril de 2005, Ref.º D-93.

- PÉREZ MARTÍN, A., *Derecho de Familia*, Valladolid, Lex Nova, 1997, tomo II: El procedimiento contencioso de separación y divorcio
- PÉREZ MARTÍN, A., *Derecho de Familia*, Valladolid, Lex Nova, 1996, tomo III: Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas.
- PÉREZ VEGA, A., “La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 9, ciudad, 2005.
- POUSSIN, G. y A. LAMY, *Custodia compartida*, Madrid, Espasa, 2005.
- OLIKOFF, N., “Why are mothers losing: A Brief Analysis of Criteria Used in Child Custody Determinations”, *Women’s Rights Law Reporter*, vol. 7, 1982.
- RONFANI, P., “Relazioni familiari: evoluzione di modelli e prospettive”, en A. DELL’ANTONIO (a cura di), *Genitori e capacità genitoriale alle soglie del 2000: contributi interdisciplinari*, Roma, Formello Seam, 1999.
- SCARDULLA, F., *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 2003.
- SCOTT, Elizabeth, “Pluralism, Parental Preference and Child Custody”, in *California Law Review*, vol. 80, California, 1992.
- SPARPAGLIONE, R., “Affidamento congiunto... re melius parpensa”, en V. CIGOLI, G. GULOTTA y G. SANTI, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, Giuffrè editore, 1997.
- TAMBORERO DEL RÍO, R., “La guarda y custodia compartida”, en VV.AA., *Diez años de abogados de familia*, Madrid, La Ley, 2003.
- THÉRY, I., *Le démariage*, Paris, Ed. O. Jacob, 1993.
- WALLERSTEIN, J.S. y J.B. KELLY, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, New York, Basic Books, 1980.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos”, en L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Y OTROS, *Temas de actualidad en Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2006.