

EL CONTINUUN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Antonio Valbuena Navarro¹
Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Resumen

A lo largo del artículo se realiza un breve recorrido de la legislación española en materia de separaciones, divorcios o ruptura de la convivencia en parejas de hecho, hasta llegar a la custodia compartida introducida por la ley 15/2005 de 8 de julio, para a continuación ver la definición del concepto y su evaluación por parte de los psicólogos forenses, centrándose en un criterio: la conflictividad entre los progenitores, que se valora a lo largo de un continuum que permite establecer puntos corte orientativos a partir de los cuales, y en base a la evidencia empírica, determinar si esta fórmula de parentalidad es beneficiosa o no para los menores. La literatura científica (Kelly y Lamb 2000, Amato 2011, Nielsen 2011) señala que la existencia de conflictividad entre los progenitores no necesariamente desaconseja la adopción de la custodia compartida, si no que a lo largo de este continuum, el conflicto va siendo más o menos perjudicial hasta llegar un momento en que no es posible la custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: *Conflictividad interparental, custodia compartida, custodia exclusiva.*

Abstract

Throughout this article, a brief review is made of the Spanish legislation on divorce, separation or breakdown in common-law couples, until reaching joint custody, introduced by the Act 15/2005 of July 8, to subsequently define the concept and its evaluation by forensic psychologists, focusing on one criterion: the conflict between parents. Cut-offs are established from which—based on empirical evidence—to determine whether joint custody is or is not beneficial for the children. Research results (Amato 2011, Kelly & Lamb 2000, Nielsen 2011) shows that parental conflict does not necessarily discourage shared custody, but rather, conflict will be more or less harmful on a continuum, until reaching a point where joint custody is impossible.

KEY WORDS: *joint custody, sole custody, inter-parental conflict.*

¹ *Correspondencia:* Antonio Valbuena. Psicólogo forense del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. E-mail: antonio.valbuena60@gmail.com
Fecha de recepción del artículo: 10-12-2015.
Fecha de aceptación del artículo: 21-12-2015

Introducción

Las medidas paterno filiales que se adoptan judicialmente en procesos de separación matrimonial o divorcio o situaciones de pareja de hecho, tienen con único objetivo el interés del menor; ahora bien este concepto ha ido cambiando con el tiempo y se ha interpretado de forma diferente en función de los cambios sociales y los resultados de las investigaciones. La evolución que en nuestro país ha tenido este concepto del mejor interés del menor se describe seguidamente.

Varias han sido las tendencias que han imperado a la hora de conceder la guarda y custodia en caso de nulidad, separación o divorcio, así en su redacción original el Código Civil para los supuestos de nulidad matrimonial, en el art. 70 establecía *“Los hijos mayores de siete años quedarán bajo el cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fue hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges, quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Y en cualquier caso los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre”*. Y en los casos de separación matrimonial, el art. 73 establecía que los hijos *“debían ser puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente”* y *si al juzgarse la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado a los hijos menores de siete años”*.

Este marco legal era el reflejo de la tendencia del *“tender years”* en la que se consideraba fundamental el papel de la madre en la crianza de los hijos en los primeros años de la vida. Esta tendencia suponía que en la práctica se concedían siempre las custodias de los menores de siete años a la madre y tiene su reflejo en el Principio Sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en el año 1959, que expresamente establece que *“salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre”*.

En España así lo establecía la ley de divorcio hasta que una sentencia del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 159 de la Ley de divorcio apareciendo la ley 11/1990 de 5 de octubre.

Posteriormente hace su aparición la doctrina del interés del menor, inspirada en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 que en su art. 9.3 obliga a los estados parte a respetar *“el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y cuidado directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del niño”*. Este es el criterio que prevalece en los ordenamientos jurídicos que introducen el modelo de custodia compartida.

Actualmente el concepto del mejor interés del niño, desde la psicología evolutiva hace referencia al derecho del niño a mantener relaciones significativas con ambos progenitores.

Por lo tanto desde el ámbito forense la guarda y custodia compartida sería una fórmula que defiende el interés del menor en situaciones de ruptura de la convivencia o divorcio al permitir mantener relaciones significativas con ambos progenitores.

Desde la entrada en vigor de la ley 15/2005, que daba paso a la custodia compartida en nuestra legislación, la demanda de custodias compartidas no ha cesado de crecer, si bien en los primeros años, las peticiones que se formulaban en los juzgados eran escasas y muchos abogados no optaban por pedirla o lo hacían de forma subsidiaria. Actualmente y especialmente desde la sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, las peticiones son habituales especialmente por parte de los padres; así de sesenta casos estudiados por este autor en el pasado año procedentes de los Juzgados de Primera Instancia de Navalcarnero y del Juzgado de Familia de Móstoles, en cincuenta y nueve de ellos los padres pidieron la custodia compartida como única medida y solo en un caso el padre solicitó la custodia exclusiva de los hijos y subsidiariamente la custodia compartida, en los sesenta casos la madre solicitó la custodia exclusiva.

Queda claro que en nuestro país como en la mayoría de los países de nuestro entorno se ha producido un cambio en la forma de entender el mejor interés del menor y en la forma en que los padres entienden la paternidad, la figura del padre ya no es la de mero ayudante de la madre en el cuidado de los hijos, actualmente la paternidad implica unas funciones instrumentales (disciplina, apoyo económico, seguimiento escolar, desarrollo de competencias, etc.) y otras expresivas (cuidado emocional, social, espiritual, ocio, etc.) y los padres reclaman cada vez más poder seguir realizando estas funciones con sus hijos/as tras la ruptura, desean seguir estando implicados en la vida de los hijos/as permanentemente y han encontrado en la custodia compartida la forma en que pueden seguir desarrollando estas funciones. En ocasiones tanto las peticiones de custodia compartida como la oposición a las mismas, tienen una motivación ajena al interés del menor, supuestos que la evaluación pericial también deberá tener en consideración.

Desarrollo histórico

Para comprender la situación actual en nuestro país, parece conveniente hacer un breve recorrido por la evolución de la legislación en materia de separaciones y divorcios. Estas son las principales leyes y resoluciones españolas en esta materia:

- Ley de divorcio 3 de marzo de 1932, votada por las Cortes Constituyentes de la II República y publicada en la Gaceta de 11 de marzo de 1932. Establecía un amplio sistema facilitador de la disolución conyugal, bastando el mutuo disenso como causa suficiente para ello en su artículo 4.
- La Ley de 24 de abril de 1958 en su artículo 73 disponía “La ejecución de separación producirá los siguientes efectos 1º la separación de los cónyuges. 2º Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente”. Si ambos fueran culpables el juez discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado a los hijos menores de siete años.
- Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se introduce el divorcio en España tras el cambio de régimen. Esta Ley está basada en la doctrina de los años tiernos, sustituyendo el criterio de culpabilidad legalmente vigente.
- Ley 11/1990 de 5 de octubre, que reforma el Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Entre ellos el art 159, que contemplaba la atribución automática de los menores de 7 años a la madre, con ello queda superada la doctrina de los años tiernos e instaurado, como prevalente, el criterio del interés superior del menor.
- Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se introduce la custodia compartida en el Código Civil. El art. 92 establece la posibilidad de ejercer de forma compartida la guarda y custodia de los menores de mutuo acuerdo o por resolución judicial sin mutuo acuerdo.
- Ley Aragonesa 2/2010 de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Esta ley está derogada y su articulado incluido en el Texto Refundido de leyes civiles aragonesas, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo.
- Ley 25/2010 de 29 de julio por la que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia. Incorpora los principios de corresponsabilidad y coparentalidad.
- Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo sobre la custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres de la Comunidad Foral Navarra.
- Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan.
- La Ley 7/2015 de 30 de junio de 2015 del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

- STC 185/2012 de 17 de octubre, que declaró inconstitucional y nulo el inciso favorable del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil.
- STS Sala 1ª 8/10/09 Resolución 623/09, que en el Fundamento de derecho Quinto, establece los requisitos necesarios para otorgar la custodia compartida:
“Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y , en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.
- STS Sala 1ª 22/07/2011, Resolución 813/2009, declaró *“las relaciones entre los cónyuges por si solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes, cuando afecten, perjudicándolo el interés del menor”.*
- STS Sala 1ª de 29/04/2013 Resolución 257/13, establece que la custodia compartida no puede ser considerada como una medida excepcional. En su Fundamento de Derecho Segundo dice:
“Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que lo hijos tienen a mantener dicha relación”.
- STS Sala 1ª de 30/10/2014 resolución 619/2014, que en el Fundamento de Derecho Sexto determina:
“Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que

pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

- STS Sala 1ª de 16/02/2015 resolución 96/2015, que en el Fundamento de Derecho Sexto declara:
“Para la adopción de la custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el dialogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes”.

Definición de custodia compartida

El concepto de custodia compartida es un concepto jurídico, no es un concepto psicológico, pertenece a las ciencias jurídicas y es en ellas donde debemos buscar la definición. Lo primero que vamos a encontrar es que la única definición de custodia compartida que aparece en una ley, es la de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana que en su artículo 3 establece como tal “*debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos o en su defecto por decisión judicial”.*

A su vez encontraremos que no existe acuerdo sobre este concepto y hay dos tendencias:

1. Autores que ponen el acento en que la custodia compartida supone la materialización de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad considerando acertado el término compartida.
2. Tendencia contraria a la utilización de dicho término por considerar que se identifica con el de simultaneidad. Este grupo de autores se centra más en la alternancia de la convivencia y aboga por la utilización del término alternativa, alterna, o sucesiva por considerarlos como más acertados para describir la forma en que se va a desarrollar la convivencia.

Dentro del primer grupo algunos autores representativos son:

- ✓ HERNANDO RAMOS (2009) a define como “*la asunción compartida de autoridad y responsabilidad de derechos y obligaciones entre los*

padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”.

- ✓ DE LA IGLESIA MONJE (2007) la define como “*la guarda y custodia compartida es la situación legal, mediante la cual en caso de separación matrimonial o divorcio o situación análoga en pareja de hecho ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos”.*
- ✓ ORTUÑO MUÑOZ (2006) la define como “*puede definirse la custodia compartida como aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”.*
- ✓ CRUZ GALLARDO (2012) la define como “*la custodia compartida es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de periodos de tiempo de convivencia de los hijos, implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad (principio de igualdad y responsabilidad material), poniendo fin a la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los periodos vacacionales”.*
- ✓ LATHROP GÓMEZ (2008) la define como “*comprendemos por guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva, aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo, en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados”.*

Dentro del segundo grupo, los contrarios al término “compartida”, algunos autores representativos son:

- ✓ DE PÁRAMO ARGÜELLES (2009) la define como “*el ejercicio de la guarda y custodia compartida consiste en establecer un régimen alternativo de convivencia de los hijos con uno u otro progenitor, por semanas, meses, o número de días alternos, en una y otra vivienda”.*

- ✓ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2007) la define como “la *guarda y custodia compartida* consiste en la *alternancia de los progenitores en la posición del guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja*”.

Definiciones de las Audiencias Provinciales.

Al margen de las anteriores tendencias las Audiencias Provinciales también han definido la custodia compartida, sirvan como ejemplo los siguientes extractos de Sentencias:

- ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de marzo de 2007, *aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, surgida tras la crisis de pareja en la que, tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores y distribuir de forma justa y proporcional, la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro*”.
- ✓ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de noviembre de 2012, “*la coparentalidad o parentalidad conjunta o custodia compartida se puede definir como la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto se centre en los hijos comunes, el respeto al derecho de los niños a continuar en contacto, afectiva y realmente con un padre y una madre*”.

Queda claro pues que no existe acuerdo respecto a la definición, pero también queda claro que cuando hablamos de custodia compartida estamos hablando de reparto de tiempo de convivencia de los hijos con cada progenitor y también estamos hablando de una forma de convivencia en la que se materialicen los principios de coparentalidad y corresponsabilidad. La función de la psicología forense es estudiar en qué circunstancias esto puede realizarse con las máximas garantías para los hijos/as.

Respecto al tiempo de convivencia, en la custodia compartida, la distribución de los tiempos debe ser igualitaria, lo que no supone que deba ser necesariamente al 50%. No obstante, el reparto de tiempos, es una cuestión

importante ya que del reparto que se establezca pueden derivarse una serie de problemas prácticos.

No existen unos criterios fijos a los que atenerse, ya que cada familia se configura como un caso único y diferente, con una serie de circunstancias y necesidades (ej. edad de los hijos, disponibilidad horaria de los progenitores, recursos y apoyos familiares y sociales, etc.), en función de los cuales se debe decidir los tiempos de convivencia, por otra parte tampoco hay una evidencia empírica que permita determinar cuál es el tiempo óptimo, ni la relación existente entre cantidad de tiempo invertido y la mejora de los resultados para los niños (Smyth 2009, Shaffer 2007). Existe un cierto consenso internacional acerca de que al menos es necesario pasar una tercera parte del tiempo con uno de los dos progenitores y a medida que aumenta la cantidad de tiempo aumentan los beneficios pero solamente es citado un estudio en apoyo de esa tesis (Braver y O'Connell 1998).

El continuum de la custodia compartida

La custodia compartida se valora a lo largo de un continuum, que va desde los casos de mutuo acuerdo hasta los contenciosos, donde las situaciones familiares van alejándose cada vez más de la situación ideal. La medida resulta aceptable a lo largo de ese continuum cuando sigue manteniendo sus efectos beneficiosos: mantenimiento de los vínculos de apego y presencia del otro progenitor en la vida del menor. No sería aceptable cuando los efectos negativos superan a los beneficiosos, esto sucede cuando:

- Se crea una situación onerosa para el hijo, tiene que cambiar de estilo de vida de forma masiva y es él quien asume estos cambios en exclusiva.
- Las funciones de crianza que el progenitor puede realizar son mínimas y delega excesivamente en otras personas.
- Los niveles de conflictividad son elevados y crónicos.
- Proyectos basados en futuribles pero no en realidades.
- Proyectos que no tienen en cuenta las necesidades (educativas, sanitarias, emocionales, escolares, ocio, etc.) del menor.
- Lejanía de los domicilios.
- Estilos educativos muy dispares.

En la figura 2 puede verse cómo a lo largo del continuum los efectos beneficiosos se van extendiendo a lo largo de las situaciones de mutuo acuerdo y contenciosas, llegando un momento en que ya no es factible porque los efectos beneficiosos o desaparecen o los efectos perjudiciales superan a los beneficiosos.

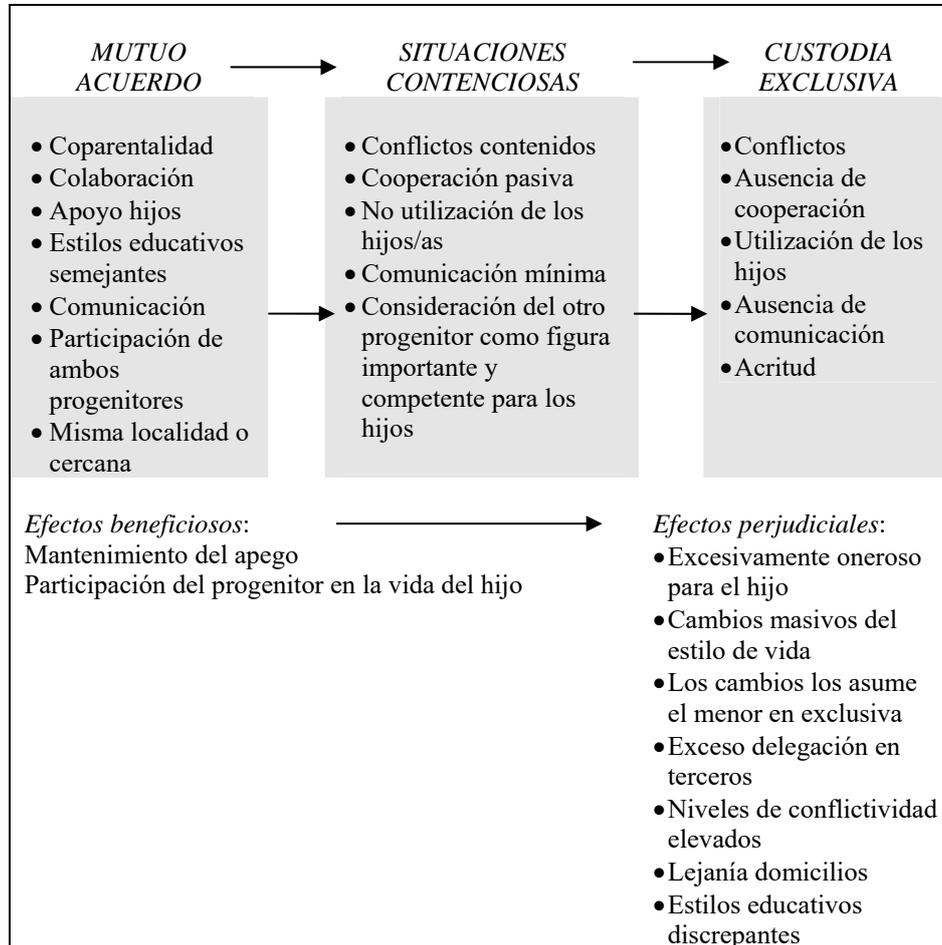


Fig. 2. El continuum de la custodia compartida

Cuando se habla del “continuum de la custodia compartida”, conviene tener en cuenta algunos datos de la investigación acerca de los beneficios de esta medida según se trate de situaciones de mutuo acuerdo o contenciosas.

a) Custodia compartida de mutuo acuerdo

Según un estudio realizado por la Universidad de Oxford publicado en mayo de 2011 “*Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children*”, existen suficientes datos que muestran que la custodia compartida funciona bien en situaciones de mutuo acuerdo ya que los padres que llegan a estos acuerdos son un grupo selecto que presenta una serie de características que no son las habituales, tales como: los acuerdos están centrados en los hijos, son flexibles, y cooperativos, suelen tener niveles educativos y socio económicos altos, tienen flexibilidad laboral, viven cerca uno del otro y ambos progenitores han estado involucrados en la crianza de los hijos antes de la ruptura de pareja, los hijos suelen estar en la educación primaria. (Irving y Benjamin 1995, , Shaffer 2007, Singer 2008, Masardo 2009, Smyth 2010, MC Intosh 2010).

b) Custodias compartidas en situaciones contenciosas

En este tipo de situaciones que son las que habitualmente evaluamos, la custodia compartida sigue siendo viable siempre que se cumplan los criterios anteriores y los efectos beneficiosos superen a los perjudiciales, de hecho muchas situaciones de custodia monoparental y amplio régimen de visitas para el otro progenitor (habitualmente el padre) técnicamente son custodias compartidas y funcionan.

Se debe tener en cuenta la presencia de las características anteriores en ese tipo de situaciones contenciosas ya que son factores de buen pronóstico de la custodia compartida aunque se haya solicitado en una situación contenciosa.

Pero del mismo modo conviene tener en consideración otra serie de factores de riesgo señalados por el estudio anterior que nos indican según que en estas situaciones la custodia compartida puede suponer riesgos para los hijos, concretamente conviene tener en cuenta estas situaciones:

1. Cuando hay altos niveles de conflicto.
2. Cuando los niños/as son muy pequeños por debajo de los 3 años.

1. Situaciones de alto nivel de conflicto:

Hay una fuerte evidencia de que los altos niveles de conflicto post divorcio son perjudiciales para los hijos. (Grych y Frincham 1990, Emery 1992, Cumming y Davies 1994, Reynolds 2001, Mc Intosh 2003, Fabricius y Lueck 2007, Shaffer 2007).

Mc Intosh (2010), ha realizado un estudio que identifica la relación entre custodias compartidas y altos niveles de conflicto. Encontraron que los niños que viven en situaciones de custodia compartida presentaban mayores problemas de hiperactividad e inatención. El estudio también mostró que estos niños en situaciones de custodias compartidas con altos niveles de conflicto informaban sentirse atrapados en medio del conflicto de sus padres, se mostraban menos felices y era más probable que quisieran cambiar los acuerdos de sus padres. El 43 % de los niños del estudio decían que deseaban pasar más tiempo con sus madres frente al 7-21% de los niños de otros acuerdos.

Como criterios para poder aceptar una custodia compartida en estos casos, podemos seguir las recomendaciones de Emery (2005) que sugiere que para evitar daños a los niños en este tipo de situaciones de conflicto es necesario que el conflicto esté contenido. Como mínimo se requiere una *cooperación pasiva*, consistente en no demonizar al otro progenitor delante de los hijos/as, no usarlos como mensajeros, ni como espías. (Smyth, Caruana y Ferro 2004).

Cuando la acritud entre los padres es alta, es decir carecen de respeto el uno por el otro como padre y como persona, los conflictos tienden a ser altos (Mc Intosh y Long 2006) y perjudiciales para los hijos que suelen ser usados habitualmente (Jhonston et al., 1989). En estas situaciones la custodia compartida es perjudicial para los hijos.

2. Menores por debajo de los 3 años:

El ya clásico debate acerca de si las pernoctas por debajo de los tres años de edad son beneficiosas o perjudiciales se ha trasladado al ámbito de la custodia compartida y los mismos argumentos que se utilizaban para desaconsejar las pernoctas a esas edades (la influencia negativa en la formación de vínculos de apego seguros) se utilizan ahora para desaconsejar la custodia compartida por debajo de esas edades y así se cita por ejemplo un estudio de Mc Intosh et al (2010) en donde se señala que las pernoctas por debajo de los cuatro años de edad tenían un impacto negativo independientemente del estatus socio económico y de la cooperación de los progenitores. Son los resultados de su investigación donde señala que independientemente del estatus socioeconómico y de la cooperación las pernoctas tuvieron un efecto negativo en los niños por debajo de esta edad.

Si bien es cierto que en niños por debajo de esa edad hay que ser especialmente cauto a la hora de adoptar cualquier medida, no existe una evidencia empírica sólida que señale que la pernocta es un obstáculo para establecer una custodia compartida en menores de esas edades, ya que también existen estudios que avalan que la pernocta se puede introducir perfectamente en ese rango de edades, concretamente a partir del año, como lo señala por ejemplo

el profesor Berger, psiquiatra infantil del Hospital Universitario de Saint-Etienne.

Por otra parte existen diferentes investigaciones (Lamb y Kelly, 2001; Warshak 2002) que señalan los beneficios de la pernocta de los hijos con el progenitor no residente, en la medida en que permiten una situación más parecida a una convivencia anterior a la ruptura en la que el progenitor no custodio, puede interactuar con sus hijos en diferentes contextos y realizar una serie de funciones tales como dar la cena a los hijos/as, bañarlos, leerles un cuento o calmar sus temores por las noches, en definitiva contribuyen al mantenimiento de los vínculos de apego a lo que hay que añadir que liberan del estrés de tener que entregar a los hijos al domicilio del otro progenitor a una hora fija, que en ocasiones no permite más que el menor haga las tareas escolares o acuda a las actividades extraescolares, quejándose muchos de estos progenitores de que realmente actúan como profesor particular de su hijos o de taxista sin tiempo para poder estar con sus hijos/as relajadamente.

Por lo tanto, aunque no existe consenso sobre la edad a que es seguro introducir la pernocta algunos autores (Poussin, 2004) sostienen que se puede introducir a partir del primer año de vida, siempre que previamente haya existido relación paterno o materno filial y el apego por lo tanto esté establecido y sea seguro. Desde la propia experiencia profesional, se ha podido observar el beneficio que las pernoctas aportan en las relaciones parento-filiales, siempre que se den las condiciones previamente mencionadas.

Discusión

En el año 2005 se introdujo en nuestro país la figura de la custodia compartida, si bien en los primeros años esta ley no tuvo una repercusión en el terreno práctico y las custodias monoparentales seguían siendo las preferidas por los jueces, desde entonces hasta la actualidad se han producido cambios importantes en la imagen que se tiene de esta medida en el mundo judicial, siendo en este sentido especialmente relevantes la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha establecido claramente que no puede ser considerada como una medida excepcional sino como algo normal e incluso deseable.

Este cambio en la mentalidad judicial se ha visto acompañado de un incremento notable de peticiones de custodia compartida que para los peritos forenses ha supuesto un incremento notable de casos en los que se debe evaluar la viabilidad de una custodia compartida. Este artículo pretende arrojar algo de luz acerca de una las cuestiones más controvertidas en la actualidad en esta materia: ¿es posible la custodia compartida en situaciones de conflicto entre los padres? Debe quedar claro que no es el único criterio que debe ser analizado,

pero sí es un criterio que tradicionalmente ha llevado a peritos y jueces a considerar que en situaciones de conflicto la custodia compartida no es posible y el objeto de este artículo es analizar exclusivamente este criterio y no otros, pero sin olvidar que existen otros que han de ser tenidos en cuenta, criterios que han sido señalados por la investigación y también recogidos por el Tribunal Supremo en la sentencia 8/10/2009, resolución 623/09, que en el apartado quinto de los fundamentos de derecho, establece los requisitos que deben establecerse para que la custodia compartida sea concedida:

- Prácticas anteriores de los progenitores en sus relaciones con el menor.
- Aptitudes personales.
- Deseos manifiestos de los menores competentes.
- Número de hijos.
- Cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos.
- Respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar.
- Acuerdos adoptados por los progenitores.
- Ubicación de sus respectivos domicilios.
- Horarios y actividades de unos y otros.
- Resultado de los informes exigidos legalmente.
- Cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

La postura que se mantiene en el artículo, producto de la experiencia profesional del autor en este campo, es que la custodia compartida debe ser evaluada a lo largo de un continuum desde las situaciones iniciales de mutuo acuerdo, que son las situaciones ideales para el desarrollo del menor, que no suelen ser objeto de estudio por parte de los profesionales, ya que los jueces suelen homologar estos acuerdos, hasta las situaciones contenciosas en las que no existe acuerdo sobre la custodia compartida y uno de los progenitores (habitualmente la madre) reclama la custodia exclusiva de los hijos/as. A medida que avanzamos las situaciones se alejan más de la situación ideal de mutuo acuerdo, pero los efectos beneficiosos de la custodia compartida pueden seguirse dando, es decir permiten el mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos emocionales entre progenitores e hijos/as y permiten la presencia de ambos progenitores en la vida de los hijos/as. Y finalmente llegamos a una situación en la que ya no es viable la custodia compartida y se debe optar por una custodia exclusiva, debido a múltiples factores (distancia geográfica, deseos del menor, prácticas educativas muy dispares, etc).

Dentro de las variables que pueden llevar a no considerar adecuada una custodia compartida los niveles de conflicto es una de las evaluadas y más decisivas y el perito debe valorar si en esas situaciones es viable o no una custodia compartida.

La dificultad en la evaluación del nivel de conflicto y su influencia que tiene en el ejercicio de la custodia y por tanto en la viabilidad de una custodia compartida, radicaría en establecer puntos de corte, que permitieran determinar a partir de qué momento ya no es posible por ser perjudicial para los hijos/as y que en que situaciones a pesar del conflicto sigue siendo una fórmula válida. Para determinar estos puntos de corte, debemos apoyarnos en los datos de la investigación que nos señalan que aún en estas situaciones de conflicto interparental la custodia compartida es posible, de hecho los criterios anteriores que hacen viable la custodia compartida en situaciones de mutuo acuerdo también pueden estar presentes en situaciones contenciosas y también es posible siempre que el conflicto esté contenido (Emery, 2005), o como mínimo se requiere una *cooperación pasiva*, consistente en no demonizar al otro progenitor delante de los hijos/as, no usarlos como mensajeros, ni como espías. (Smyth, Caruana y Ferro 2004).

En estas situaciones las evidencias empíricas nos señalan que la custodia compartida es posible y por lo tanto el conflicto no es obstáculo para su aceptación, todas estas situaciones aunque contenciosas tienen en común que los progenitores reconocen al otro como una figura importante para la vida de los hijos/as y le reconocen como alguien competente para el cuidado de los hijos, aunque paralelamente no consideren que la custodia compartida vaya a ser beneficiosa por otros motivos, tales como cambios frecuentes de domicilio, distancia geográfica, etc, pero no por motivos relacionados con la importancia y capacidad del otro progenitor para los cuidados de los hijos.

Y al final del continuum nos encontraremos con las situaciones donde no será posible una custodia compartida por ser perjudicial para los hijos/as, situaciones caracterizadas por la acritud entre los progenitores, es decir carecen de respeto el uno por el otro como padre y como persona, los conflictos tienden a ser altos (Mc Intosh y Long 2006) y perjudiciales para los hijos que suelen ser habitualmente usados (Jhonston et al 1989). En estas situaciones la custodia compartida es perjudicial para los hijos, y por consiguiente no debería considerarse recomendable.

Referencias

Amato, P. R. y Gilbreth, J.C. (1999) Non-resident fathers and Children's wellbeing: A metaanalysis, *Journal of Marriage and the family*, nº 61, pp. 557-573.

- Amato, P., Kane, J. y James, S. (2011) Reconsidering the good divorce *Family Relations* n° 60. Pp.511-524.
- Arranz, E. F y Oliva, A D. (2010) Desarrollo psicológico en las nuevas estructuras familiares. Pirámide.
- Fehlberg, B, Smyth, B., Maclean, M , Roberts, C. (2011) Caring for children after parental separation: Would legislation for shared parenting time help children? University of Oxford Department of Social Policy and Intervention.
- Bruch, C (2006) Sound Research or wishful thinking in child custody cases? Lessons from relocation law, *Family Law Quarterly*, pp. 40-281”.
- Cruz, G.B (2012) la guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales: La Ley, pp.424.
- Cashmore, J, Parkinson, P. Weston, R. Patulny, R, Redmond, G, Qu, L, Baxter, J Rajkovic, M Stek, T y Katz I. (2010) Shared Care Parenting Arrangements since the 2006 Family Law Reforms Report to the Australian Government Attorney-General’s Department. Social Policy Research Centre, University of New South Wales: Sydney.
- De la Iglesia, M. M I (2007) Custodia Compartida de ambos progenitores *Revista crítica de derecho inmobiliario* n° 702. julio-agosto, pp. 1821-1826.
- De Páramo, A.M. (2009) La guarda y custodia compartida ¿Una medida excepcional en nuestro derecho positivo?. En *Revista de derecho Alex* n° 75 diciembre, pp.3
- Emery, R.E, Otto, R.K, O’Donohue, W. (2005) A critical assesment of child custody evaluation: Limited science and a flawed system, *Psychological Science in the Public Interest* n° 6 (1) pp. 1-29.
- Fabricius, W.V Braver, S.L. Diaz, P y Vélez, C.E. (2010) “Custody and parenting time: Links to family relationships and wellbeing after divorce”. en M. Lamb The fathers role in child development. (5ª ed) pp 201-260. Willey y sons: New Jersey”.
- Gómez, L. F (2008) Custodia Compartida de los hijos. La Ley , pp.50
- Grych, J.H. y Finchman F.D. (1990) Children’s appraisals of marital conflict : Initial investigations of the cognitive-contextual framework *Child Development* n° 64, pp. 215-230.
- Lamb, M.E. y Kelly, J.B. (2001) Using the empirical literature to guide the development of parenting plans for young children. *Family Court Review* n° 39 pp. 365-371.
- Mc Intosh, J. & Long, c. (2006) Children beyond dispute: A prospective study of outcomes from child focused and child inclusive post separation family dispute resolution, Australian Government, Attorney-General’s Department: Camberra.
- Mc Intosh, J. Smyth, B, Kelaher, M, Wells, Y, & Long, C. (2010) Post- separation parenting arrangements and development outcomes for infants and children. Attorney-General’s Department: Camberra.
- Nielsen, N. (2011) Shared parenting after divorce: A review of shared residential parenting research. *Journal of Divorce & Remarriage* n° 52 (8) pp. 586-609.
- Ortuño M.P.4 P (2006) El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial Aranzadi, pp. 60
- Poussin, G. y Lamy, A (2004) Custodia Compartida: Espasa Calpe

- Pruett, M.K. & Barker, C. (2009) Joint custody : A judicious choice for families-But how, when and why?. en R.M. Galatzer-Levy, L. Kraus & J. Galatzer- Levy (eds) *"The Scientific Basis of Child Custody Decisions"* (2nd ed) Wiley: New Jersey (pp 417-462).
- Kaspiew, R. Gray, M. Weston, R. Moloney, L. Hand, K. Qu, L., & the family Law Evaluation Team (2009). Evaluation of the 2006 family law reforms. Melbourne: Australian Institute of Family Studies.
- Kelly, J.B. y Lamb, M.E. (2000) Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children. *Family and Conciliation Courts Review*, n° 38 pp. 297-311.
- Smyth, B. & Caruana, C. & Ferro, A. (2004) Fifty-fifty care En B.Smyth (ed) Parent-child contact and post-separation parenting arrangements (Research report n° 9) pp 18-29. Australian Institute of Family Studies.
- Warshak, R.A.. (2002). Who will be there when I cry in the night? *Family Court Review*, n° 40 pp. 208- 219.