

## **¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO ALUDIMOS A LA CUSTODIA COMPARTIDA? ERRORES FRECUENTES EN SU CONCEPTUALIZACIÓN**

Marta Ramírez González<sup>1</sup>  
*Ministerio de Sanidad*

### **Resumen**

Se analizan diferentes significados que pueden darse al término legal “custodia compartida” y su correspondencia con una coparentalidad positiva y el principio del interés superior del menor. A la luz de la experiencia de otros contextos con mayor tradición de divorcio, se reflexiona sobre las implicaciones que pueden tener las presunciones legales a favor de la custodia compartida y se aboga por otras vías de promoción de la co-responsabilidad parental y por planes de parentalidad ajustados a cada familia en vez de medidas estándar presuntamente óptimas.

**PALABRAS CLAVE:** *custodia compartida, coparentalidad, estándares de custodia.*

### **Abstract**

Different meanings that can be given to the legal term "joint custody" are discussed and their correspondence with positive co-parenting and the principle of the best interests of the child. In the light of the experience of other contexts with more tradition of divorce, the author reflects on the implications of the legal presumptions of joint custody and supports other ways of promoting parental co-responsibility and parenthood plans adapted to each family instead of standard arrangements that are allegedly the best.

**KEY WORD:** *joint custody, coparenting, child custody standards.*

---

<sup>1</sup> *Correspondencia:* Marta Ramírez. Doctora en Psicología. Psicóloga clínica y forense. Ex - psicóloga forense de los Juzgados de Familia de Madrid. E-mail: marta.ramirez@madrid.org  
*Fecha de recepción del artículo:* 05-11-2015.  
*Fecha de aceptación del artículo:* 21-12-2015

## Introducción

La primera cuestión que se suscita es la de si los términos **Custodia conjunta, Custodia compartida, Custodia repartida o alternante**, son realmente equivalentes. Retomo el título del texto –un clásico- de Folberg (Joint Custody & Shared Parenting, 1984): *Custodia conjunta y Parentalidad compartida*. Ya en la presentación de la obra se aludía a que serían usados indistintamente a lo largo de la misma a pesar de ser términos connotados de manera distinta.

Custodia es un concepto legal, que remite a tenencia (propiedad) y Parentalidad (como traducción de *parenting* aunque no sea un término reconocido por la RAE) es un constructo que remite al funcionamiento como padres. Y atendiendo precisamente a las dos acepciones del término compartir que contempla el Diccionario de la RAE: “*repartir*” y “*participar de*”, diría que en el plano legal-judicial lo que se regula es fundamentalmente un reparto del tiempo de residencia y de las cargas económicas, pero visto desde nuestra óptica ¿equivale eso a co-participar de la parentalidad, a mantener la co-parentalidad después del divorcio?

Se ha aludido con frecuencia a la confusión derivada de los términos del Derecho anglosajón, **Custodia Legal y Custodia Física**: mientras la custodia legal hace referencia a la responsabilidad legal de la toma de decisiones relativas al niño/a (sobre su educación, salud, formación religiosa, etc.), la custodia física remite a con quién reside éste y por tanto quién lo cuida y supervisa en la práctica, y de hecho a veces se denomina “*custodia residencial*”. Pudiendo por tanto los padres compartir la custodia legal pero no la física o ambas o ninguna. Por tanto ya no es solo si se comparte o no la custodia, sino qué ámbitos de la parentalidad se comparten. Y parece obvio que hay ámbitos o parcelas más fáciles que otras de repartir desde fuera, sin la anuencia de las partes.

Por ello la plasmación a nivel judicial de las Custodias Compartidas (en adelante CC) es la de reparto del tiempo de residencia. Desde otras esferas (mediación, counseling familiar, justicia colaborativa, etc.) sin embargo es concebida como plan co-participado de parentalidad. La diferencia radica en que cuando el foco está puesto sobre la división del tiempo, se pierde de vista un elemento fundamental de la parentalidad compartida que es la complementariedad, en pro de un funcionamiento familiar pos-divorcio saludable y propicio para el bienestar de los hijos.

Y es que –como señala la Association of Family and Conciliation Courts (AFCC)- el plan de parentalidad óptimo será aquel que establezca tiempo y responsabilidades no en virtud de un principio de estricta igualdad entre los padres, sino de funcionalidad familiar en interés de los hijos (AFCC, 2014). Se trata de pasar de pensar en términos de “una semana o un trimestre con cada

uno” a pensar en qué espacios tiene mejor disponibilidad cada uno para el hijo, en qué parcelas de la crianza/educación es más eficaz cada progenitor, cómo y en qué medida puede cada uno responder a las necesidades actuales del niño y en las actuales circunstancias.

### Aspectos Centrales

Las reflexiones anteriores se refieren a uno de los pilares de la CC: la **coparentalidad**, el “coparenting” en términos de Bohannon (1971). Steinman en los años 80 decía que la CC más que una fórmula legal era una filosofía basada en una triple premisa:

- 1- Los padres cooperan y comparten autoridad y responsabilidades parentales tras el divorcio
- 2- Madre y padre son vistos igualmente importantes para los niños
- 3- Los niños alternan –en alguna forma- su estancia en los hogares de ambos padres

Sin embargo como señalaba Maccoby (1990), en contra de lo que podría esperarse la distribución entre los tres **patrones de funcionamiento interparental** (cooperativo, desconectado y conflictivo) es bastante similar en muestras de CC y de exclusiva. Y otros autores y en fechas más recientes (Smith, 2008) hablan incluso de un predominio del parenting en paralelo sobre el cooperativo en muestras de CC.

Dato importante porque cuando una CC se establece como mero reparto de estancias del menor con cada uno de sus padres, pero estos no funcionan con un patrón cooperativo, sino que en el mejor de los casos actúan en paralelo/desconectado (esto es, sin coordinarse pero también sin interferirse activamente en los períodos que cada uno tiene al hijo/a, procurando hablar y relacionarse lo menos posible, recurriendo con frecuencia a espacios “neutros” como el colegio para los intercambios del menor) en realidad hablamos de custodia repartida o alternante (en terminología de Folberg) aunque nuestra legislación y otras muchas hayan metido todo en el mismo saco. Considero importante que a pesar de esta indiferenciación en el plano legal, los psicólogos sí distinguamos con qué patrón funciona una familia y bajo qué condiciones un patrón de este tipo (a priori no el más idóneo para una CC) puede sin embargo ser compatible con una CC funcional, no lesiva para los hijos. Dos elementos se perfilan claves: la edad del niño y la relativa concordancia educativa de los padres: si el niño ya tiene una mínima autonomía y los estilos parentales no son muy dispares, una custodia alternante no cooperativa puede ser viable, sin

comprometer el bienestar del niño. Cuando el niño es más pequeño se hace más necesaria la coordinación interparental; con la edad sin embargo va siendo más capaz de beneficiarse de diferentes modelos y pautas socializadoras.

Pero además ese “reparto de tiempo” al que como decía ha sido en gran medida reducida la CC, al menos en el ámbito judicial, puede ser “igualitario” o “desigual”; la mayor parte en EE.UU. no se rigen por el 50/50 % del tiempo del menor con cada uno de sus padres, sino que establecen un reparto que puede ser más o menos equitativo. Y aquí entramos en el terreno de **los umbrales** ¿qué porcentaje mínimo de tiempo se requiere que pase un hijo/a con el progenitor que menos esté para considerarse no obstante CC? Obviamente no hay una regla universal, incluso entre los propios estados norteamericanos hay variaciones considerables, y en nuestra legislación (nacional y autonómica) nada se dice al respecto, aunque en la práctica parezca predominar el 50% a rajatabla. Ahora bien en contextos con más historia de aplicación de la CC, el 30 % ha marcado con frecuencia la línea divisoria entre custodia exclusiva y CC. Las explicaciones van desde argumentos prosaicos: es la barrera que determina la reducción de la contribución económica; hasta argumentos como el sostenido por Fabricius pero no refutado por otros investigadores, de que por debajo de ese tiempo de convivencia no se comprueban ventajas –en el sentido de diferencias cualitativas en el parenting–.

A este respecto, si es el derecho del niño a mantener ambos vínculos, más que el derecho de los padres a un reparto equitativo del niño, lo que sustenta la CC, entonces parece clave analizar qué evidencia hay respecto a la relación entre esas variables: cantidad de contacto pos-divorcio con el que menos se conviva y el bienestar del niño, a fin de considerarla en interés del menor, más allá de que al juez le sirva para llamar a una organización determinada CC o no. El umbral en sí no es una cuestión psicológica, pero si hay correlación evidente entre más o determinado grado de contacto y ajuste filial pos-divorcio sí que debe ser considerado este dato. Lo cierto es que la evidencia al respecto es menos robusta de lo que sería deseable. Los estudios de Johnston (1989) parecen indicar que es más determinante que el contacto sea predecible que la cantidad de contacto en sí; Amato y Gilbreth (1999) apuntan que mucho mejor predictor del ajuste infantil que la frecuencia de contacto es el estilo autorizativo, o inductivo, y si bien es verdad que cierto nivel de contacto ofrece más oportunidad de desarrollar un parenting de calidad, también lo es que la cantidad de contacto no garantiza per se tal cosa. Fabricius y Luecken (2007) a partir de estudios retrospectivos han puesto en entredicho la interacción entre el nivel de conflicto y el nivel de contacto sobre el ajuste pos-divorcio de los hijos, planteando la hipótesis explicativa de la “inseguridad emocional”. Si bien son más los datos a favor de esa interacción; como señalaban Modecki y colaboradores (2015) a partir de estudios longitudinales parece preferible la

combinación “Moderada implicación – Bajo conflicto” que “Alta implicación – Alto conflicto”. El problema de estos estudios es que no evalúan de manera independiente ambas variables y como los hijos suelen ver menos a uno de sus padres cuando hay mucho conflicto parental, la afectación apreciada en los hijos es difícil discernir a qué se debe, si al menor contacto con uno de sus padres o al mayor conflicto entre ambos. La misma crítica pero invertida que se hace a gran parte de la investigación sobre beneficios para los hijos de la CC que utilizan muestras de conveniencia: ¿el mejor ajuste de niños se debe en sí a la CC o a la menor conflictividad interparental previa que a su vez les lleva a adoptar este tipo de custodia? (efecto de autoselección)

Como decía Gilmore (2006) “la evidencia de investigación en conjunto, sugiere lo que uno podría esperar por sentido común, a saber que el contacto es condición necesaria pero no suficiente para desarrollar una relación beneficiosa”. La AFCC (2014) igualmente destaca que la evidencia es sólida en cuanto a que la implicación parental positiva (*que combina crianza con disciplina sensible pero efectiva = estilo inductivo*) beneficia a los niños y que tener contacto no solo de fin de semana contribuye a que el parenting sea de más calidad, pero que a falta de evidencia más concluyente respecto a la interacción **nivel de contacto X nivel de conflicto**, cuando los padres no son capaces de sacar al niño del medio del conflicto ni de colaborar en la toma de decisiones en temas centrales, deben considerarse otros arreglos diferentes a la parentalidad compartida.

En todo caso a medida que las legislaciones han ido siendo más favorables a las CC, el umbral ha ido descendiendo (por ejemplo en Wisconsin a raíz del cambio legal de 2004 pasó del 30 al 25 %, ver Cancian, 2014) hasta el punto de que lo que en muchos estados americanos se llama CC, en otros países como España, no pasaría de custodia exclusiva con acceso frecuente. Porque la tendencia a aumentar el contacto con el progenitor no custodio ha sido constante en las últimas décadas. Y es que la CC no es la única manera de preservar ni de promover la coparentalidad, y su paulatina generalización tampoco es solo reflejo del cambio innegable y deseable en los roles parentales y en la implicación pos-divorcio que se viene registrando en las sociedades desarrolladas en el último medio siglo.

También han jugado un papel importante los cambios legislativos habidos en estas décadas. Las leyes además de ser expresión de los cambios sociales, también pueden propiciarlos. Y en esta materia han ido evolucionando de la excepcionalidad (como se recoge en la ley de ámbito nacional 15/2005) a la opción preferente (como contemplan aunque con distinta intensidad cuatro de las cinco leyes autonómicas, y la mayor parte de los estados norteamericanos) y por último hacia la presunción a favor de la CC (la ley valenciana de 2011 despunta en esta dirección aunque con el corsé de la regulación estatal).

Cabe preguntarse qué implicaciones tiene esta presunción, que equipara el interés del menor a este arreglo específico de custodia. De entrada cualquier presunción condiciona la valoración de las alternativas de custodia; tanto la presunción a favor de la CC, como en su día la doctrina “tender years” que presumía la mayor idoneidad de las madres para ostentar la custodia de los niños más pequeños. Este tipo de presunciones legales colocan la carga de la prueba sobre la parte con planteamiento contrario a la premisa, y al psicólogo en funciones periciales, como en última instancia al juez, le imponen en gran medida “la solución”. Este efecto es aún mayor cuando la norma está redactada de forma que casi imposibilita la “prueba en contrario”. Por ejemplo la ley valenciana en su art. 5.2 y la ley del País Vasco en su artículo 9.2 establecen que no será obstáculo para la atribución de la CC “la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”; considerando que el conflicto parental constituye el nudo gordiano de la asociación entre CC y ajuste filial, se hace extremadamente difícil argumentar que esa modalidad de custodia no sea lo más adecuado al bienestar de un menor en particular. Cosa distinta sería que se exigiera un nexo entre las malas relaciones parentales y efectos negativos en los hijos (ansiedad por exposición a enfrentamientos, menoscabo de su imagen de las figuras parentales por la labor de descrédito de alguno de ellos, desajustes asociados a confrontación en criterios educativos, etc.), a la manera que ha ido estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No siendo así, en la práctica la presunción se convierte en cuasi irrefutable. Este es el problema de las presunciones, de forma que me uno al llamamiento que hacía la AFCC a que las decisiones en esta materia se adopten por acuerdo entre los padres o a partir de evaluaciones judiciales individualizadas más que tomarse en base a presunciones legales, sean cuales fueren.

Vayamos a otro de los objetivos declarados de la CC: Dar continuidad al cuidado co-participado pre-ruptura, a las relaciones parento-filiales previas para dar estabilidad al menor. Aquí entra en juego el llamado **principio de aproximación**. Saposnek (1991) daba una serie de consejos para los profesionales con funciones de asesoramiento en temas de custodia, y el primero era: Respetar el statu quo, esto es la naturaleza y cantidad de relaciones parento-filiales previas, sin forzar fórmulas “estéticamente” ideales (50/50). En los últimos años, figuras muy prestigiosas en el ámbito (Emery, Otto y O’Donohue, 2005; Pruett y Barker, 2009) definen el “estándar de aproximación” como una regla, predecible y neutra en cuanto a género, basada en la cantidad de tiempo que cada padre gastaba con el niño/a antes del divorcio; dicen estos autores que eso sería preferible a especular sobre el “mejor interés” futuro del niño/a o asumir que había un cuidador primario. Críticos del quehacer de los psicólogos “expertos” en evaluaciones de custodia, defienden este criterio por ser más claro y acotar la tarea de jueces y evaluadores.

En todo caso parece una regla menos arbitraria para definir –al menos en un primer momento- el grado conveniente de convivencia del menor con cada uno de sus padres tras el divorcio, que un umbral pre-establecido. Este criterio fue elegido en 2002 por el prestigioso American Law Institute (ALI) como procedimiento a adoptar por el magistrado en caso de desacuerdo entre los progenitores, aunque tampoco está exento de críticas, a algunas de las cuales ya se anticipaba el ALI al matizar que la aplicación de este estándar debía no obstante considerar ciertos límites o excepciones. Además cabe preguntarse con Warshak (2007) si es un predictor fiable del bienestar futuro, ya que las circunstancias pos divorcio suelen cambiar y quizás lo que era apropiado antes pueda no serlo después. Aunque nunca usado como criterio único esta regla puede ser útil, en tanto que conceptualizable desde nuestra disciplina y relativamente objetivable –aunque el consenso sobre la medición de la implicación previa tampoco sea pleno–.

A este respecto quisiera también hacer hincapié en la necesidad de avanzar en la definición y medición cada vez más precisas de los constructos psicológicos implicados en los conceptos legales. Un ejemplo obvio es el concepto de “**conflicto interparental**” en tanto que variable de proceso crítica para el buen funcionamiento de las CC –en esto hay un razonable consenso de la comunidad de expertos–. Cómo se define y se mide el conflicto puede ser determinante para valorar su impacto en el ajuste infantil y sacar conclusiones respecto a la adecuación o no de un arreglo de custodia. No es lo mismo identificar conflicto con ausencia de cooperación, que con interacciones violentas o con patrones de litigiosidad; no da igual que el conflicto esté centrado en los avatares de pareja que en desacuerdos respecto al hijo/a y su crianza, ni que se circunscriba al proceso de ruptura o por el contrario haya estado presente a lo largo de la historia familiar. A este fin el modelo cognitivo-contextual propuesto por el grupo de Grych (1990) a partir del cual se ha desarrollado algún instrumento de valoración de la perspectiva filial del conflicto, puede ser de gran utilidad. Igualmente sería de interés especificar qué entendemos por “coparentalidad” y los componentes de la misma a considerar.

### Conclusiones

A modo de resumen diría que los datos de investigación respecto a la CC y su efecto en el bienestar de los hijos no son aún demasiado robustos, y en todo caso apuntan a interacción de diversos factores (nivel y tipo de conflicto, edad de hijos, calidad de relaciones parento-filiales previas, etc.) lo que unido a la naturaleza dinámica de la familia, limita la capacidad de pronóstico del psicólogo forense. Y eso es justamente lo contrario de lo que desea un juez

cuando solicita asesoramiento técnico; los jueces buscan certezas, seguridad y en general recelan de fórmulas abiertas o poco estructuradas; en consecuencia priman –como lo hacen también las legislaciones con presunciones muy rígidas– la consistencia sobre la flexibilidad, a pesar de que los destinatarios de esos arreglos sean niños en constante evolución, como sus necesidades, y familias cuyas dinámicas de funcionamiento no son ajenas a multitud de circunstancias cambiantes.

Estas tensiones afectan a todo pronunciamiento de custodia, no conciernen solo a la CC, pero se intensifican en este terreno porque la evidencia disponible sobre cómo funciona o qué efectos puede tener en los niños bajo ciertas condiciones o en circunstancias concretas, es insuficiente y en algunos aspectos contradictoria, y ello coloca al perito en una situación más vulnerable en el contencioso y ha reabierto el debate sobre hasta qué punto le concierne al psicólogo pronunciarse sobre la modalidad de custodia. Además las CC son organizativamente más complicadas que las custodias exclusivas, y en especial si una de las partes no tiene disposición favorable a tal arreglo.

Indudablemente todo este proceso es más sencillo cuando hay oportunidad de trabajarlo con las partes en mediación, o en instancias de asesoramiento familiar debidamente conectadas al sistema judicial. Así que concluyo apelando a promover la co-parentalidad más por estas vías que a través de presunciones legales reduccionistas, ya que si algo me han enseñado mis años de práctica forense es que los planes de parentalidad deben ajustarse al caso, y no todas las familias a una organización estándar presuntamente óptima.

### Referencias

- AFCC (2014). Think Tank on Shared Parenting. Final Report. Closing the gap: Research, policy and shared parenting. *Family Court Review*, 52(2), 1-29.
- Amato, P.R. y Gilbreth, J. (1999). Nonresident Fathers and Children's Well-Being: A Meta-Analysis. *Journal of Marriage and the Family*, 61(3), 557-573.
- Bohannon (1971). *Divorce and after*. Nueva York: Anchor Books.
- Cancian, M., Meyer, D.R., Brown, P.R. y Cook, S.T. (2014). Who Gets Custody Now? Dramatic Changes in Children's Living Arrangements After Divorce. *Demography* 51(4), 1381–1396
- Emery, R.E., Otto, R.K. y O'Donohue, W.T. (2005). A Critical Assessment of Child Custody Evaluations. Limited Science and a Flawed System. *Psychological Science in the Public Interest*, 6(1), 1-29.
- Fabricius, W. V., y Luecken, L. J. (2007). Postdivorce living arrangements, parent conflict, and long-term physical health correlates for children of divorce. *Journal of Family Psychology*, 21(2), 195–205

- Folberg, J. (Ed)(1984). *Joint Custody and Shared Parenting*. Washington, DC: Bureau of National Affairs and Association of Family and Conciliation Courts.
- Gilmore, S. (2006). Contact/shared residence and child well-being: research evidence and its implications for legal decision-making. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 20, 344–365.
- Grych, J.H., y Fincham, F.D. (1990). Marital conflict and children's adjustment: A cognitive-contextual framework. *Psychological Bulletin*, 108, 267-290.
- Maccoby, E.E, Depner, Ch. E y Mnookin, R.H. (1990). Coparenting in the Second Year after Divorce. *Journal of Marriage and the Family*, 52 (1), 141-155.
- Modecki, K.L., Hagan, M., Sandler, I. y Wolchik, S.A. (2015). Latent profiles of nonresidential father engagement six years after divorce predict long-term offspring outcomes. *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology*, 44 (1), 123-136
- Pruett, M.K. y Barker, C. (2009). Joint custody: A judicious choice for families –But How, When and Why? En R.M. Galatzer-Levy, L. Kraus y J. Galatzer-Levy (eds), *The Scientific Basis of Child Custody Decisions* -2ª Ed. (pp. 417-462). NJ: Wiley & Sons.
- Saposnek, D.T. (1991). A guide to decisions about joint custody: The needs of children of divorce. En Folberg, J. (Ed) *Joint Custody and Shared Parenting* -2ª Ed. (pp. 29-39). NY: Guilford Press.
- Smyth, B., Weston, R., Moloney, L., Richardson, N., y Temple, J. (2008). Changes in patterns of post-separation parenting over time: Recent Australian data. *Journal of Family Studies*, 14 (1), 23-36.
- Warshak, R.A. (2007). The Approximation Rule, Child Development Research, and Children's Best Interests After Divorce. *Child Development Perspectives*, 1(2), 119–125.