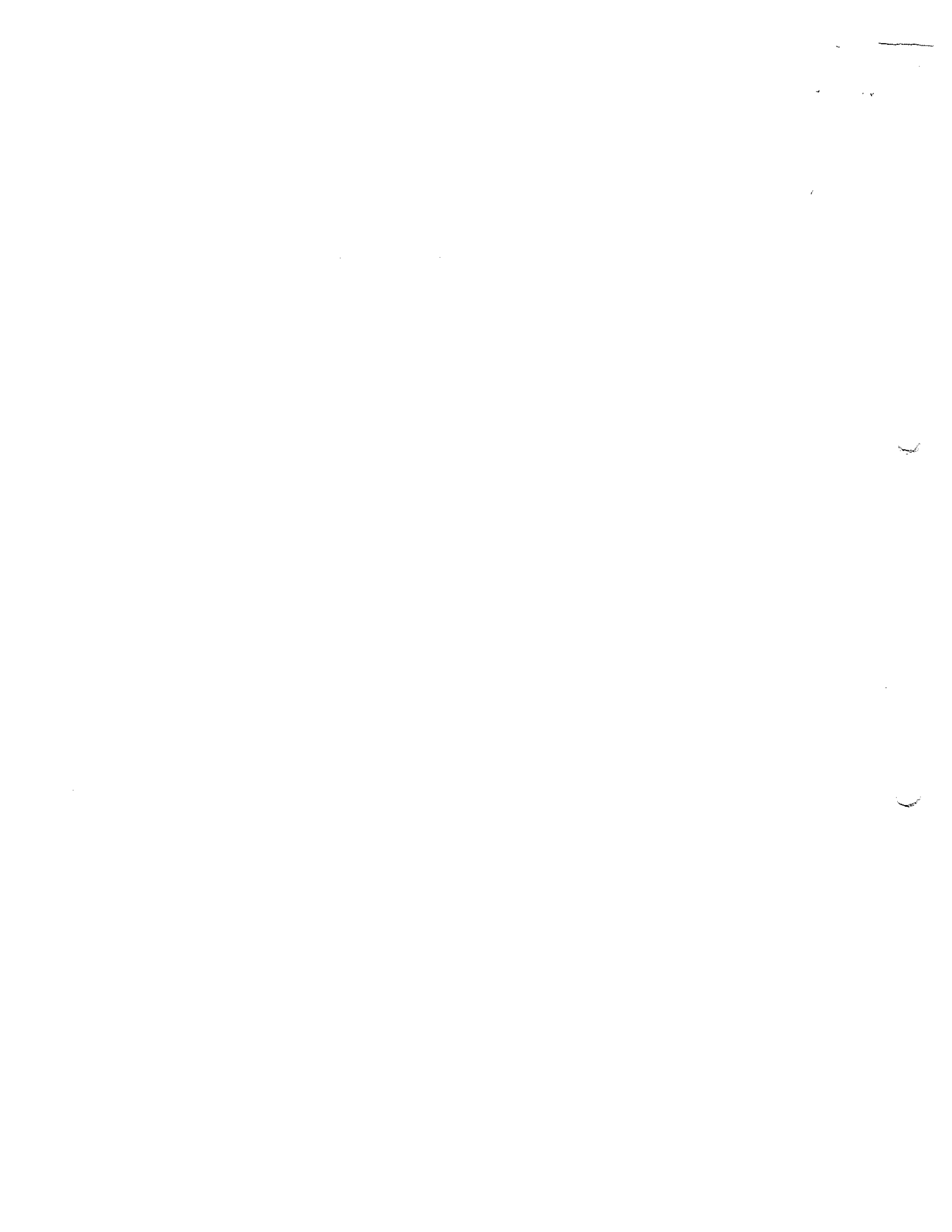


n
o
Fundación
Fernando Fueyo Laneri

s
o
o
**ESTUDIOS
DE DERECHO
PRIVADO**

Libro homenaje al profesor
GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ





LA CUSTODIA ALTERNADA O SUCESIVA DE LOS HIJOS

Fabiola Lathrop

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto acercar al lector al estudio de una figura jurídica que ha sido consagrada hace algunas décadas en algunos ordenamientos jurídicos anglosajones y que ha sido recibida recientemente en algunos países europeos, especialmente España e Italia. En efecto, en España se introdujo la figura de la custodia compartida mediante la Ley N° 15/2005, de 8 de julio de 2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En Italia, su recepción es aún más reciente. 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, reforzó esta figura que ya gozaba de reconocimiento legal.

Se trata de una modalidad del cuidado personal de los hijos que ha generado un fuerte debate social y jurídico, siendo una de las materias del derecho de familia más discutidas actualmente. Ello se debe a la existencia de dos posiciones altamente antagónicas. La primera pretende implementar legalmente una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como es la asunción de roles cada vez más equitativos por parte de ambos progenitores, sobre la base del respeto del principio de igualdad. Ello conduciría a conceder iguales derechos y deberes a padre y madre, una vez producida la crisis matrimonial o de pareja. La segunda, fundándose en la defensa del interés supremo del hijo, rechaza la custodia sucesiva al entender que afecta notablemente la estabilidad física, emocional y afectiva del niño.

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

En este artículo abordaremos, como consideraciones generales, cierta terminología y sistematización relacionada con esta figura jurídica. Luego intentaremos esbozar sus principales características con el objeto de ofrecer un panorama de las ventajas y desventajas que le son atribuidas, sus modalidades de funcionamiento y los requisitos, tanto legales como judiciales, que normalmente son exigidos para su implementación.



1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. TERMINOLOGÍA

Previo al estudio de la custodia alternada o sucesiva, es necesario aclarar ciertos conceptos relacionados.

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 extranjeras han acuñado los términos *guarda o custodia alternada o sucesiva*, o *guarda o custodia compartida*, para referirse a la figura que pretendemos abordar.

En primer lugar, diremos que según el número de sujetos que ejercen el cuidado personal del niño, hablamos de custodia *unilateral* o *compartida*.

Tradicionalmente, la regulación de la custodia ha dado lugar a la configuración de la denominada *custodia unilateral*. Conforme a ella el niño reside con uno de sus padres, otorgándole éste el cuidado directo que dicha convivencia exige. Este tipo de custodia ha venido consolidándose en los diversos ordenamientos jurídicos, mediante la atribución de carácter legal, convencional y judicial del derecho-función de cuidado personal. Ésta puede recaer tanto en el padre como en la madre, si bien la jurisprudencia evidencia una arraigadísima tendencia que la concede a la madre, sobre todo si se trata de hijos de corta edad.

Así las cosas, la custodia ejercida por un solo sujeto será *unilateral*. En cambio, será *compartida* si ella es desarrollada por más de un titular, esto es, el padre y la madre, en cuyo caso se trata, simplemente, de un derecho-función distribuido entre ambos progenitores.

Entendida de dicha forma la custodia compartida, ciertos autores¹ han precisado que, en realidad, la custodia siempre es *compartida* 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 el cuidado personal: en el primero, de forma simultánea, porque la custodia es *conjunta*, y en el segundo, *alternada o sucesiva*.

Podríamos agregar que la custodia compartida puede no ser necesariamente *alternada* en el sentido de traslado de domicilio. De este modo, la custodia compartida puede ser entendida como aquella en la que ambos progenitores se encargan en forma conjunta, periódica o rotatoria del cui-

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

dado de los hijos.² Es decir, los padres pueden compartir absolutamente el cuidado de los hijos sin que éstos pernocten o pasen parte importante del día en la casa de cada uno de sus progenitores conforme a la periodicidad pactada. Basta que los padres sean los que se organicen de manera tal que, sin necesidad de que el hijo deje su residencia principal, convivan diariamente con él en tiempos separados. Para que esta modalidad de guarda y custodia goce de viabilidad, es necesario que los padres dispongan de la máxima tolerancia y respeto mutuo. Se trata de un sistema que, atendido el caso concreto del hijo y las circunstancias personales, laborales y materiales de cada cónyuge, puede llegar a ser altamente beneficioso. No es éste, sin embargo, el objeto de nuestro estudio. En lo sucesivo nos abocaremos al ejercicio efectivamente alternado del cuidado de los hijos.

Por otra parte, la custodia compartida no debe confundirse con la denominada *custodia distributiva*. 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, separándolos de sus hermanos, quienes viven con el otro padre o madre.³

En definitiva, el concepto que más apropiadamente describe la institución que pretendemos abordar es el de *custodia alternada o sucesiva*. Ésta será la denominación que utilizaremos a lo largo de este artículo, aunque comúnmente se utilice el participio *compartida*.

1.2. SISTEMAS DE CUSTODIA COMPARTIDA

La guarda y custodia ha sido concebida de diversas formas por los distintos ordenamientos jurídicos, dando origen a los *sistemas de custodia compartida*. En realidad, no se trata de concepciones contrapuestas, sino de nomenclaturas disímiles que parten de un concepto restringido o amplio de guarda y custodia.

Distinguimos el sistema de custodia conjunta y el sistema de custodia alternada.

1.2.1. Custodia conjunta

La guarda y custodia, en sentido restringido, es aquel derecho-función de convivencia habitual entre cada progenitor e hijo. De ahí que, en realidad, por su propia naturaleza, el agregado de *conjunta* resulte redundante, pues

² Cfr. PÉREZ UREÑA, A., “El interés del menor y la custodia compartida”, *RDF*, núm. 26, enero-marzo, 2005, p. 277. Agrega el autor que ambos cónyuges pueden compartir permanentemente el cuidado de los hijos, ya sea porque los cónyuges siguen viviendo en el mismo domicilio tras la separación o porque cada uno fija su domicilio en partes distintas de una misma vivienda.

³ Estimamos que esta modalidad es altamente discutible, ya que puede llegar a vulnerar el interés de los hijos.



sólo se verifica si ambos padres residen y conviven normalmente con el hijo. Y como evidentemente la ruptura conyugal acarrea el quiebre de la comunidad de vida familiar y, para el supuesto que nos interesa, que padre y madre tengan distintos domicilios, resulta imposible que el hijo viva simultáneamente con sus padres y que, por ende, la guarda y custodia sea conjunta.

Así, la *custodia conjunta* presupone más bien un concepto amplio de guarda y custodia, esto es, el ejercicio de la responsabilidad general del niño, en el entendido que comprende no sólo el cuidado directo del hijo, sino el conjunto de derechos y deberes que se generan de la relación paterno-filial.⁴ En situaciones de crisis matrimonial, la guarda conjunta es entonces el coejercicio de la responsabilidad paterno-filial, pues ambos padres comparten el ejercicio del cuidado del hijo y sólo uno de ellos es el cuidador unilateral,⁵ esto es, su cuidador directo.

Así se ha resuelto por la doctrina en España, donde se regula la relación paterno-filial englobando los derechos-funciones de carácter tanto personal como patrimonial, bajo la institución de la *patria potestad*. En situación de normalidad matrimonial, ambos padres son titulares de la patria potestad y la ejercen simultáneamente. En circunstancias de ruptura conyugal, en cambio, sólo uno de ellos ejerce la patria potestad, aunque ambos conservan la titularidad de la misma. Por ello, en el derecho español hablar de custodia conjunta, teniendo como base un concepto restringido de guarda, significaría que ambos padres coejercen la patria potestad y a su vez son coguardadores, pero sólo uno cuida directamente del hijo, lo que resulta absurdo e innecesario.⁶ En cambio, el concepto amplio de guarda al que nos referimos más arriba, se plasma en el ejercicio dual de la patria potestad.

En otros países no es necesario acudir a la distinción entre concepto amplio y restringido de guarda y custodia.

En Italia, el juez, en principio, sólo debe pronunciarse sobre el cuidado personal de los hijos, al que se une inmediatamente el ejercicio de la patria potestad por el guardador. El art. 6.4 de la Ley sobre el Divorcio establece que el progenitor guardador de los hijos, salvo diversa disposición del tribunal, tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre ellos; dicho progenitor debe atenerse a las condiciones determinadas por el tribunal. Salvo que no sea establecido de otra forma, las decisiones de mayor interés para los hijos son adoptadas entre ambos progenitores.

En Francia, de acuerdo con el art. 373-2 del Código Civil (modificado por Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002), la separación de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la patria potestad, la cual, conforme a los principios generales enunciados en el art. 372 del mismo cuerpo legal, se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, salvo que el interés del hijo exija que el juez confíe dicho ejercicio a uno solo de los padres (art. 373-2-1 del mismo cuerpo legal).

⁴ Cfr. GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid, Ed. McGraw-Hill, Ciencias Jurídicas, 1997, p. 100.

⁵ Cfr. GODOY MORENO, A., "La guarda y custodia compartida...", *op. cit.*, p. 325.

⁶ Cfr. *Ibíd.*

En Alemania, por su parte, la resolución judicial resuelve directamente sobre la patria potestad sin que recaiga pronunciamiento separado sobre el cuidado personal. En efecto, el art. 1626 del BGB establece que los padres tienen la obligación y el derecho de cuidar del hijo menor de edad: A ello le denominan cuidado paterno (equivalente a la patria potestad del derecho español), el cual comprende el cuidado de la persona del hijo (cuidado personal) y el de su patrimonio (administración patrimonial). En caso de separación de los padres, el art. 1671 establece que cada uno de ellos puede solicitar al tribunal familiar que le ceda –bajo ciertas condiciones que enuncia– la totalidad o parte de dicho cuidado paterno, a título unilateral, que en principio es ejercido conjuntamente por ambos padres.

En Chile, patria potestad y cuidado personal de los hijos son dos instituciones reguladas de manera separada por el legislador. En nuestro país, el cuidado personal de los hijos tiene una fisonomía propia, independiente de la ruptura entre padre y madre.⁷ A diferencia de la gran mayoría de las legislaciones, existe paralelamente a la patria potestad, no es contenido de ésta ni surge una vez producida la crisis matrimonial. Ello se debe al tratamiento dual que nuestro Código Civil otorga a la relación filial, dividiendo lo personal de lo patrimonial, opción legislativa que nos parece anacrónica y deficiente. En efecto, el art. 243, inc. 1º, de dicho cuerpo legal –en la redacción dada por la Ley N° 19.585, de 1998, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación–, la define como “el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”, excluyendo los derechos-funciones regulados en el Título IX del Libro I del CC, que lleva por epígrafe “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, dentro de cuyo articulado se encuentra la norma que establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos (art. 224 del CC), el cual es atribuido legalmente a la madre en caso de que los progenitores vivan separados (art. 225 del CC).⁸

Se aparta así el legislador civil chileno de una fuerte tradición jurídica, que data de las Partidas y de los Códigos que le sirvieron de fuente,⁹ y de

⁷ Para un desarrollo más acabado sobre concepto y atribución del cuidado personal de los hijos en Chile, *vid.* LATHROP GÓMEZ, F., *Cuidado personal de los hijos*, Santiago de Chile, Puntotext, 2005, monografía en la que analizo las repercusiones de la Ley de Matrimonio Civil y de la ley que crea los tribunales de familia en dichas materias.

⁸ La profesora SCHMIDT HOTT sostiene que este artículo alude a un deber de carácter genérico que comprende todos los deberes que a ambos padres corresponden respecto de los hijos, responsabilidades que devienen precisamente de la filiación y que deben cumplir teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, conforme a lo preceptuado por el art. 222, inc. 2º, del CC. En realidad, es el art. 225 del CC el que regula derechamente el cuidado personal. *Cfr.* SCHMIDT HOTT, C., “Relaciones filiales personales y patrimoniales”, en *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, SCHMIDT HOTT, C., y VELOSO VALENZUELA, P., Santiago de Chile, ConoSur, 2001, p. 253.

⁹ *Cfr.* WEINSTEIN WEINSTEIN, G., “Autoridad paterna y patria potestad”, en *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999, p. 57.



una opción legislativa que a la época de la tramitación de la Ley N° 19.585 ya existía como tendencia en el derecho comparado (legislaciones de Argentina, Perú y España, por ejemplo).

Por último, en cuanto al ejercicio de la patria potestad nuestro ordenamiento jurídico no permite un ejercicio compartido de los padres. Conforme con el art. 245 del CC, en situaciones de crisis matrimonial si ambos padres lo convienen o si el juez así lo decide fundándose en el interés del hijo, el padre o madre que no tenga a su cargo el cuidado personal podrá ejercer la patria potestad, descartándose la posibilidad de que ambos padres ejerzan la patria potestad de manera conjunta. Al respecto, la nueva Ley de Matrimonio Civil reconoce a los cónyuges una importante autonomía para regular la ruptura matrimonial; sin embargo, resulta difícil concluir que la libertad de los cónyuges juega un rol tanto más diverso al que cumplía antes de la dictación de dicha ley como para aceptar un convenio en tal sentido.¹⁰ El proyecto de ley que modifica normas sobre patria potestad (Boletín núm. 3592-18) pretende redefinir el concepto de patria potestad y regular su ejercicio estableciendo, como regla general, que éste corresponde a ambos padres conjuntamente, sin perjuicio de las excepciones que la ley contempla.

1.2.2. Custodia alternada o sucesiva

Este sistema permite que el hijo conviva con cada uno de los progenitores por períodos alternos o sucesivos, entendiendo que en cada uno de dichos lapsos la madre o padre respectivo es quien ejerce la guarda, pudiendo el otro disfrutar de un régimen de comunicación con el hijo durante el tiempo que no conviva con éste.

Se trata de un mecanismo que en los últimos años 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 alternada son la igualdad entre padre y madre, el principio de corresponsabilidad parental y el derecho del niño a seguir manteniendo un contacto directo con ambos progenitores luego de la ruptura matrimonial.

En cuanto al principio de igualdad entre padre y madre, las legislaciones que contemplan la custodia alternada consagran expresamente 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.¹¹

¹⁰ Sobre el rol de la autonomía de la voluntad en los acuerdos reguladores de las crisis matrimoniales, *vid.* LATHROP GÓMEZ, F., "La naturaleza jurídica del convenio regulador de las crisis matrimoniales", Ponencia al XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 18 a 22 de octubre de 2004, Sevilla-Huelva, España.

¹¹ Así sucede en muchas legislaciones de Estados Unidos. En Kansas, la ley establece que en ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto

En España, la Ley N° 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, 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. Sin entrar a profundizar en sus ventajas e inconvenientes—cuestión que abordaremos en lo sucesivo—, adelantamos que es un sistema de ejercicio de la guarda de los hijos cuyo establecimiento fue impulsado, principalmente, por asociaciones de padres separados y divorciados que reivindicando su rol en la formación integral de sus niños, demandan al Estado el reconocimiento legal de un mayor protagonismo en el desarrollo de las funciones de convivencia con los mismos. Se aduce que este sistema 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 sexista.

Así, la exposición de motivos de la referida ley establece que “esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”.

A mayor abundamiento, en cuanto a la igualdad de roles que ambos progenitores deben desempeñar en el ejercicio de la corresponsabilidad parental, el ministro de justicia ha señalado que la reforma está dirigida a la más plena igualdad de derechos y oportunidades de la mujer. Se trata 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 a la guarda y custodia de los hijos. Para que la mujer participe en condiciones

de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (*infant*) o del niño de corta edad (*young child*) (*Kansas Statute No. 60-1610*, cap. 60, art. 16, 3) letra B); en Maine (número 4 de la *Maine Revised Statutes Annotated*, title 19-A: *Domestic Relations* § 1653, sub-§ 1, de 21 de septiembre de 2001); en California (artículo 3040 letra a.1 del *California Family Code*); en Louisiana (letra A, número 2, del artículo 131 sobre *Custody of children pending the litigation* del *Civil Code*); en Missouri (número 8 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); en Alaska (*Alaska Statutes*, title 25 – AS 25.20.060, letra b); en Nevada (*Nevada Revised Statutes*, Chapter 125, NRS 125.480.2); en Mississippi (número 7 de la SEC. 93-5-24 del *Mississippi Code of 1972*, as amended by Laws 2000, Ch. 453, Sec. 1; HB214; en vigor desde el 1° de julio de 2000); en Florida (art. 61.13 de los *Florida Statutes Annotated*); y en Texas (*Texas Family Code*, chapter 153 – *Conservatorship, possession and access* § 153.003).

de equidad en la vida pública debe garantizarse que pueda hacerlo también en su vida privada.¹²

Al respecto, resulta interesante la opinión de GOIRIENA LEKUE,¹³ quien cuestiona el discurso de igualdad de género al que nos referimos anteriormente. Para la autora, la reforma llevada a cabo conduciría más bien hacia la igualdad formal que material, pudiendo incluso sostenerse que la instauración de la custodia compartida crea una desigualdad en el resultado. 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, invisibiliza 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 les son asignados al hombre y a la mujer, la distribución del trabajo doméstico y las prácticas reales de cuidado de los niños continúan radicadas primordialmente entre las mujeres.

En cuanto al principio de corresponsabilidad parental, esto es, el reparto equitativo de los derechos y deberes que se tienen frente a los hijos, ello exige un mínimo de consenso entre los progenitores. Muchas legislaciones contemplan la presentación de un *Plan de Coparentalidad* o *Plan de Responsabilidad Parental*, diseñado de mutuo acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos-funciones que comprende la autoridad parental.

En Estados Unidos, muchos ordenamientos lo contemplan. Así, por ejemplo, en Louisiana, el número 1) de la letra A del art. 131 sobre *Custody of children pending the litigation* del *Civil Code*, establece para el caso en que la custodia se conceda a ambos padres conjuntamente, que el tribunal, salvo excepción por causa válida, requerirá a éstos para que presenten un plan de custodia, o los padres a título individual o por mutuo acuerdo podrán presentarlo antes que se adopte una decisión al respecto. Dicho plan debe asignar los períodos de tiempo en que cada uno de los padres disfrutará la custodia física de los niños.¹⁴

¹² Cfr. LÓPEZ AGUILAR, J., "Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del derecho civil en materia matrimonial", en *Actualidad jurídica aranzadi*, núm. 655, Parte Comentario, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2005, pp. 4-5.

¹³ Cfr. GOIRIENA LEKUE, A., "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", en *Aequalitas*, núm. 16, enero-junio 2005, p. 57.

¹⁴ También lo contempla los *Oklahoma Statutes*, 43 O.S. § 109 letra C); en Missouri, el número 9 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; en Pennsylvania, como "plan de aplicación de la sentencia de custodia", los *Pennsylvania Consolidated Statutes*, Title 23: Domestic Relations, en su § 5306; y en Alabama, conforme con el *Code of Alabama*, 1975, Acts 1996, N° 96-520, de 1 de enero de 1997, § 30-3-153. Por su parte, el *Kansas Statute No. 60-1610*, cap. 60, art. 16, 5) al referirse a los regímenes de residencia, establece que tras determinar el régimen de custodia legal el tribunal decidirá sobre la residencia del niño en función del mejor interés de éste, añadiendo que las partes presentarán al tribunal un "plan de responsabilidad parental acordado" o, en caso de diver-

Desde luego, en observancia a ese principio de corresponsabilidad, en los países que han acogido la custodia compartida, el lenguaje referido a la *patria potestad* ha desaparecido. En Francia, conforme con la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002, se ha abandonado el término “garde”, ya que ambos progenitores gozan de los mismos derechos y deben cumplir con las mismas responsabilidades respecto de sus hijos. Se ha acuñado el concepto de “*autorité parentale*” y el derecho y el deber de ejercer la “*coparentalité*”. Asimismo, las legislaciones anglosajonas utilizan los vocablos “*joint custody*” (custodia conjunta), “*shared parenting*” (coparentalidad) o “*parenting*” (función parental).

El tercer principio que informa el establecimiento de la custodia alternada es el del derecho del niño a seguir manteniendo un contacto directo con ambos progenitores luego de la ruptura matrimonial. La Convención Internacional de los Derechos del Niño contempla dos normas que recogen la protección de dicho principio. En primer lugar, el art. 9.3, referido al derecho del niño que se encuentre separado de uno o ambos progenitores, establece que éste 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 art. 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. En segundo lugar, el art. 18.1 de la CDN determina que los Estados partes deben garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Agrega que a éstos incumbe la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y que su preocupación fundamental debe ser su interés superior.

Diversos países han incorporado este principio en sus legislaciones internas. El art. 373-2-6 del Código Civil francés establece en su párrafo segundo que el juez podrá acordar las medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres. Por su parte, el art. 373-2 prescribe que tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

La Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA)) de Estados Unidos, del año 1997, recomienda el contacto asiduo y significativo del niño

gencia, someterán posibles planes a la consideración del tribunal. El Estado de Illinois lo denomina “Acuerdo de responsabilidad parental conjunta”, el cual debe especificar las facultades, los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres para el cuidado personal del niño y las decisiones importantes, tales como las relativas a la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa (*Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act*, 750 ILCS 5/602.1.b)).

con ambos padres tras la separación o el divorcio, directriz que han incorporado a sus legislaciones numerosos Estados.¹⁵

2. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN

Tiene su origen en el derecho anglosajón, en el año 1925, fecha en que se promulga en Inglaterra *The guardianship of Infants Act*, primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que hasta entonces ejercía el padre. De acuerdo con esta ley, en los casos de guarda y custodia, los tribunales deberían velar por el bienestar de los niños como consideración suprema. Este principio fue introducido en la legislación de todos los Estados australianos durante los diez años subsiguientes, y recogido en la Sección 1 de *The Children Act* de 1989.

En América, California es el primer Estado en Estados Unidos –de los 35 que hoy la contemplan– que regula la custodia compartida.

En el contexto del derecho anglosajón es posible distinguir la siguiente tipología de la custodia compartida.

Existe la custodia individual (*sole custody*), por la cual el niño vive y se encuentra bajo el cuidado de uno solo de sus progenitores, teniendo el otro un régimen de comunicación tradicional con el hijo con el cual no convive. Es, en definitiva, la guarda unilateral a la que ya nos referimos.

La custodia compartida (*joint custody*) presenta dos modalidades. La primera corresponde a aquel cuidado del hijo distribuido similarmente entre los padres, ejerciendo éstos el mismo grado de responsabilidad en el ejercicio de la custodia (*joint legal custody*). La segunda, en cambio, se caracteriza por el hecho que el hijo reside con ambos padres, conviviendo por igual en la vivienda de cada uno de ellos (*joint physical custody*).

La distribución de lapsos y alternancias de convivencia permite diversas modalidades. Así, puede determinarse que el niño viva unos días de la se-

¹⁵ Entre ellos, California, cuyo art. 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, o tras el final de su relación, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política, excepto si ese contacto no es compatible con el mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en el art. 3011. En términos similares se pronuncia la legislación de Maine (número 1.C de los *Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations § 1653, sub-§ 1*, de 21 de septiembre de 2001); Louisiana (letra D del art. 131 sobre *Custody of children pending the litigation del Civil Code*); Idaho (*Idaho Statutes, title 32 – Domestic relations, Chapter 7 – Divorce 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*, en su § 5301); Nevada (*Nevada Revised Statutes, chapter 125, NRS 125.460*); Montana (*Montana Code Annotated 1995*, art. 40-4-222); y Texas (*Texas Family Code, chapter 153 – Conservatorship, possession and access §153.251* letra b).

mana o del mes, o durante algunos meses del año, o años alternos, con cada padre o madre. Es la denominada *hared custody*.

Actualmente, la custodia sucesiva se encuentra reconocida legalmente, entre otros países, en Francia, Suecia, Inglaterra, Luxemburgo, Holanda, Alemania e Italia.

2.2. MODALIDADES DE CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia alternada o sucesiva se ha convertido en muchos países en un modelo viable de cuidado de los hijos. En muchos de ellos, dicha modalidad de guarda es el modelo supletorio de regulación en caso de ruptura matrimonial o de pareja.

Así, por ejemplo, en Francia, conforme con la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002, son los progenitores los que, en principio, mediante un convenio que pueden someter a la ratificación del juez de familia, acuerdan la modalidad de ejercicio de la patria potestad de los hijos, y la fijación de la contribución a su mantenimiento y educación (art. 373-2-7 del Código Civil francés). Los padres pueden fijar la residencia del hijo en el domicilio de cada uno de ellos, alternadamente; o bien, en el domicilio del padre o la madre (art. 373-2-9, párrafo primero del Código Civil francés). Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un lapso determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de sus padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos (art. 373-2-9, párrafo segundo del Código Civil francés).

La sentencia del Tribunal de Apelación francés, de 24 de febrero de 1999, señaló que el sistema clásico de residencia principal y derecho de visita contribuye a “debilitar el vínculo entre el hijo y el progenitor con el que no vive a diario”, por lo cual la residencia alternada es la “condición de una coparentalidad real y el elemento fundamental para luchar contra la precarización de una u otra de las funciones parentales”.¹⁶

La legislación más ejemplificadora en cuanto a la elección del modelo legal de custodia alternada, es Estados Unidos. Ahí, conforme ya lo adelantamos, la custodia compartida (*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 pa-

¹⁶ La sentencia pronunciada por el Tribunal de Apelación de Amiens, el 26 de junio de 2002, ha aplicado la ley francesa de 4 de marzo de 2002, concediendo la residencia alterna de un niño de 18 meses, pese a la oposición de la madre.

dres, conviviendo durante lapsos más o menos iguales en la vivienda de cada uno de ellos.¹⁷

Esta última es considerada como la más apropiada para el interés del hijo por la gran mayoría de los Estados. Diversas legislaciones estatales establecen que si uno de los padres o ambos 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 dicho régimen 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 el interés superior del niño.¹⁸

En España, la reforma introducida por la Ley N° 15/2005 de 8 de julio no impone, a falta de acuerdo de los progenitores, un modelo específico de guarda y custodia a adoptar en los casos de crisis matrimonial. Ni siquiera se sugiere como remedio deseable, o solución prioritaria, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que hemos analizado. Como ha señalado CAÑETE QUESADA,¹⁹ establecer una presunción legal al respecto supondría una verdadera revolución que modificaría la imagen que la sociedad española tiene respecto de la justicia familiar y su hipotética parcialidad. Ello 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.

Para este autor, lo deseable sería que la ley optara por este modelo de custodia compartida, dejando a las partes la libertad suficiente para pactar

¹⁷ En algunos Estados, como California, se establece que por custodia conjunta se entenderá custodia física conjunta y la custodia legal conjunta (art. 3002 del *California Family Code*). Lo mismo sucede en Montana (*Montana Code Annotated 1995*, art. 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 alterna durante períodos concretos con cada uno de los padres; b) que los padres compartirán la autoridad para tomar decisiones importantes que afecten al bienestar del niño (*Child Custody Act*, 722.26, a número 7).

¹⁸ Así sucede en el Estado de Maine (de acuerdo con el número 2.D.1) de los *Maine Revised Statutes Annotated*, title 19-A: *Domestic Relations* § 1653, sub-§ 1, de 21 de septiembre de 2001); en el Estado de Texas (de acuerdo con el *Texas Family Code*, chapter 153 – *Conservatorship, possession and access* § 153.131); en Alabama, (conforme con el *Code of Alabama*, 1975, Acts 1996, No. 96-520, de 1 de enero de 1997, § 30-3-152 letra c)); y en el Estado de Louisiana (letra C del art. 131 sobre *Custody of children pending the litigation* del *Civil Code*). El Estado de California establece un orden de preferencia de acuerdo con el cual la custodia 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 (arts. 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, sobre custodia conjunta, número 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.

¹⁹ Cfr. 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* N° 6140, 2 de diciembre de 2004, año XXV, ref. D-245, p. 6.

otro diferente, o bien, discutir el mismo ante los tribunales, estableciendo que la carga probatoria pese sobre la parte que estima inconducente dicho sistema. En base a tales afirmaciones el autor concluye que la reforma ha perdido una oportunidad histórica para acabar con el retrógrado modelo de legalidad familiar imperante.²⁰

En cuanto a ciertas circunstancias que deben considerarse para el establecimiento de la custodia alternada, varias legislaciones contemplan determinados factores a los que el juez debe atender especialmente para decidir esta modalidad de cuidado de los hijos. Ellos funcionan como verdaderas pautas legales a seguir. En algunos casos son de observancia obligatoria; en otros, solo informan o apoyan al juez para una acertada decisión, dejando su valoración a su criterio discrecional.

El art. 373-2-11 del Código Civil francés establece que cuando el juez se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez *tendrá necesariamente*²¹ en cuenta:

- 1°. La práctica seguida por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;
- 2°. Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el art. 388-1;
- 3°. La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;
- 4°. El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse;
- 5°. Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

Asimismo, en Kansas²² se ha establecido que al decidir sobre la custodia y la residencia del niño y el tiempo de convivencia con sus padres, el tribunal tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

- i) el período de tiempo durante el cual el niño ha estado bajo el cuidado y el control real de cualquier persona que no sea uno de los padres y las circunstancias del caso;
- ii) los deseos de los padres respecto de la custodia o la residencia;
- iii) los deseos del niño respecto de la custodia o la residencia;
- iv) la interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos y otras personas que puedan determinar significativamente el mejor interés del niño;
- v) la adaptación del niño a su hogar, escuelas y comunidad;
- vi) la buena disposición y capacidad de cada padre para respetar y apre-

²⁰ Cfr. CAÑETE QUESADA, A., *ibíd.*, p. 13.

²¹ La cursiva es mía.

²² *Kansas Statute No. 60-1610, cap. 60, art. 16, 3), B.* En un sentido similar se pronuncia la *Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/602.1.c*). En el Estado de Missouri se enumera, entre otros elementos, la interacción del niño con sus padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar significativamente al mejor interés del niño (circunstancia tercera del número 2 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).



ciar la relación entre el niño y el otro padre y para permitir una relación continua entre ambos;

vii) la constatación de malos tratos conyugales.

Siguiendo con el estudio de las modalidades de la custodia sucesiva, comentaremos ahora los lapsos de alternancia.

No existe una regla general o modelo predeterminado que fije los días, meses, o semanas de los períodos de convivencia, ni tampoco es requisito que ellos sean distribuidos idénticamente entre padre y madre.²³⁻²⁴ Debe atenderse siempre la situación familiar en concreto. Basta con que sea equitativa y que, ante todo, permita al hijo mantener relaciones personales y contacto directo efectivo con cada uno de sus padres, teniendo siempre en cuenta su interés superior.

Ciertos elementos que inciden en la fijación de estos lapsos de alternancia son la edad del hijo y la distancia entre los domicilios de los progenitores. Lo que debe salvaguardarse es que la vida escolar y social del hijo se vea lo menos alterada posible. De esta forma, si los padres fijan su residencia relativamente cerca el uno del otro, la alternancia en la convivencia será más frecuente, ya que se facilitarán los traslados desde el establecimiento escolar o desde donde el niño desarrolle alguna actividad extraacadémica, a cada uno de dichos domicilios.

El Consejo de los Derechos del Niño de Maryland ofrece la siguiente relación entre la edad del hijo y la frecuencia de los contactos con ambos padres.

<i>Edad</i>	<i>Frecuencia del contacto con ambos padres</i>
Menos de un año de edad	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de sus padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana y tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

²³ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, H., "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2005, p. 2.

²⁴ En la legislación de Illinois se establece expresamente que ninguna disposición del presente artículo deberá interpretarse en el sentido de que la custodia conjunta conlleve necesariamente el mismo tiempo de convivencia con cada progenitor. Se refiere a la *Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act*, 750 ILCS 5/602.1.d. En el mismo sentido, en Missouri, el número 3 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; y en Alabama, el *Code of Alabama*, 1975, Acts 1996, N° 96-520, de 1 de enero de 1997, § 30-3-153, prescribe que por custodia conjunta no se entenderá necesariamente custodia física en porcentajes iguales.



En cuanto al espacio en el que han de desarrollarse los períodos de convivencia alternos, podemos distinguir la modalidad por la cual los hijos permanecen con cada uno de los progenitores en sus respectivos domicilios, o bien, aquella en que los hijos residen constantemente en el domicilio familiar, siendo los padres los que periódicamente se trasladen a la vivienda para atenderlos.

Aunque la ausencia de un modelo rígido de distribución de tiempos y espacios genere ciertas dificultades prácticas, estimamos que ello debe determinarse atendiendo a cada caso en concreto.

3. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA CUSTODIA SUCESIVA

3.1. VENTAJAS

Al sistema de custodia alternada le son atribuidas las siguientes ventajas:

- Es el sistema que más se apega a los principios de igualdad entre los progenitores y de corresponsabilidad parental.

Potencia la visión que el hijo tiene de sus padres, desde un enfoque de igualdad en los roles. El ejercicio alternado hace que ambos progenitores estén más informados acerca de las necesidades cotidianas de su hijo, y más equiparados en el desarrollo de las responsabilidades frente a éste, potenciando el intercambio de funciones que caracteriza a los nuevos tiempos.²⁵

- Existe una visión de conjunto en cuanto a la educación y desarrollo del niño, sin que padre y madre se sientan ganadores ni perdedores en el ejercicio del cuidado del hijo.²⁶

Se evitaría que en el proceso de separación y divorcio, los ex cónyuges entraran en intimidades y reproches que sólo agravan la conflictividad propia de dichos procedimientos. Es lo que suele suceder cuando se pretende obtener la custodia unilateral, pues dicho cónyuge procurará demostrar que el otro padre o madre no es idóneo para ejercer el cuidado de los hijos comunes.²⁷

- Es la modalidad que con menos dificultades rescata y preserva la situación de vida del niño, previa a la ruptura.

La crisis conyugal normalmente rompe la unidad de domicilio de los progenitores, y altera sustancialmente el ambiente y el modo de vida que

²⁵ Cfr. LUIS MIZRAHI, M., *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 422.

²⁶ Cfr. TAMBORERO DEL RÍO, R., "La guarda y custodia compartida", en *Diez años de abogados de familia*, VV.AA., Madrid, La Ley, 2003, p. 518.

²⁷ Cfr. PASTOR VITA, J., "Una primera aproximación al proyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", *Diario La Ley* N° 6235, 20 de abril de 2005, Ref. D-93, p. 15.



hasta ese momento el niño llevaba. De tal forma, la manera más apropiada de “prolongar” el *status quo*²⁸ es intentar que el hijo viva con su madre y su padre, ya no simultáneamente bajo el mismo techo, pero sí durante lapsos alternados. La custodia unilateral, en cambio, responde a la “necesidad” de consolidar una cuestión de hecho, cual es la convivencia de los hijos con uno solo de sus padres.

- Es el método que más se asimila al ejercicio compartido de la patria potestad y conjunto de la guarda, que se desarrollaba con anterioridad a la crisis matrimonial.
- Aminora el “divorcio” entre hijo y padre o madre no custodio, y el sentimiento de “luto” que produce el alejamiento del progenitor no guardador.²⁹

Quienes defienden esta modalidad de la guarda señalan que permite neutralizar notablemente el sentimiento de pérdida que con la guarda unipersonal sufren el niño y el padre o madre no guardador.

- La custodia sucesiva puede enriquecer el mundo social, afectivo y familiar del hijo.

La capacidad de adaptación que el niño desarrollará al convivir alternadamente con su padre y madre, puede otorgarle una visión más amplia del mundo y completar integralmente el desarrollo de su personalidad. En este sentido se ha señalado que la custodia alternada favorece las relaciones con la familia extensa.³⁰

- Otra ventaja atribuida a la custodia alternada es de orden económico.

Se ha señalado que esta institución elimina la calidad de deudor de la pensión alimenticia, y con ello todos los problemas derivados de su fijación y cumplimiento. La cuestión está, entonces, centrada en definir un sistema eficaz para la distribución de las responsabilidades económicas en relación con el hijo.

- Se podría suprimir el régimen comunicacional que da origen a numerosos conflictos.
- Incentiva y fortalece la comprensión mutua entre padre y madre.

Éstos deberán aprender a solucionar los problemas cotidianos relacionados con la vida del hijo, desde una perspectiva doblemente más favorable: el

²⁸ En psicología se denomina “principio de continuidad”. Vid. GOLDSTEIN, J., “En el interés superior de quién”, en BELOFF, M. (compiladora), *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2000, pp. 115-129.

²⁹ Vid. 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 de Chile, Lom Ediciones, 1999, p. 545.

³⁰ Consultar el *Informe Reencuentro* elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), Madrid, 25 de septiembre de 2002, p. 8.

cambio periódico de posiciones, desde guardador a no guardador y visitante, contribuye a que ambos estén informados por igual de la cotidianidad del hijo, y a la vez, dicha posición potencia la tolerancia que antes de la ruptura no se deseaba ejercitar.

- Está más protegido frente a la hostilidad de las segundas parejas de sus progenitores.³¹
- No cambia de residencia y entorno por capricho del progenitor que ejerce la guarda y custodia.³²
- Reduce las tasas de divorcio. Así lo demostrarían una serie de estudios realizados en Estados Unidos y Canadá, que comparan los índices de divorcio antes y después de la introducción de la custodia alternada. Por ejemplo, se señala que los pagos de pensiones alimenticias, potencialmente más elevadas en los regímenes de custodia unilateral, pueden constituir una motivación para el divorcio.³³

El sistema de custodia unilateral descansa en la idea de que sobrevinida la ruptura, resulta prácticamente imposible idear una forma por la cual padre y madre puedan continuar manteniendo un contacto fluido con el hijo. De esta forma, presupone un grado de conflictividad e intolerancia entre los cónyuges, que sólo permite determinar la guarda a favor de uno de ellos, regulando respecto del otro un régimen de comunicación y estancia con el niño. Descarta modelos más flexibles de atribución de la custodia, que atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pueden resultar de mayor beneficio para los padres, y en especial, para el hijo.

La custodia sucesiva tiene como presupuesto una idea totalmente opuesta, cual es un mínimo de entendimiento entre los padres que permita presumir el mantenimiento de relaciones cordiales durante el ejercicio de la guarda. No parece en principio posible introducir la custodia alternada en una estructura familiar caracterizada por una fuerte conflictividad entre los progenitores, ni menos factible todavía ver en ella un mecanismo que propicie la buena comunicación que al momento de la ruptura matrimonial no existe.

Por ello, no compartimos totalmente la posición de CAMPUZANO TOMÉ,³⁴ quien señala que ante situaciones de relación conflictiva entre los padres, la determinación de la custodia exclusiva con régimen de comunicación no asegura ni la estabilidad física y emocional del hijo, ni un mejor entendimiento entre los progenitores, y que por lo tanto, dicho factor no debe significar el rechazo *a priori* de la custodia sucesiva. En definitiva, si la custodia unilateral no asegura una mejor comunicación entre padre y madre, la existencia de conflictividad entre ellos no produce el rechazo de la custodia alternada, la que sigue siendo una situación viable.

³¹ Cfr. *ibíd.* (n. 897).

³² *Ibíd.*

³³ Cfr. *Informe Reencuentro, op. cit.*, sec. 4, pp. 79-84.

³⁴ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, H., "La custodia compartida...", *op. cit.*, pp. 13-14.



Nosotros creemos que es muy complejo plantear una solución ideal. La custodia unilateral no satisface siempre, plenamente, el interés del hijo; aunque su estabilidad física se vea más protegida, puede no estarlo la de carácter emocional, dada la ausencia cotidiana de uno de sus padres, y en segundo lugar, no estimula una comunicación sana entre ellos. Asimismo, la custodia alternada no garantiza la estabilidad física del niño, aunque quizás sí la afectiva al interactuar por igual con su padre y madre, e incluso, al propiciar una mejor relación entre éstos. Por ello, ante la disyuntiva de optar por uno y otro régimen, esa conflictividad existente no dirige la decisión, sino que sólo, y en esto sí concordamos con CAMPUZANO TOMÉ, es una circunstancia susceptible de valoración. La custodia alternada exige un grado de entendimiento entre los padres, desde que se introduce como modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, pero también en su ejercicio, teniendo a nuestro juicio la ventaja teórica de reforzar esos lazos.

3.2. DESVENTAJAS

Cada una de las anteriores ventajas esbozadas puede ser contraargumentada sobre la base de una gran crítica: la inestabilidad que la custodia sucesiva provoca en todos los aspectos de la vida del hijo³⁵ vulnera su interés superior.

En efecto, se ha discutido la conveniencia de la guarda alternada sosteniendo que altera la estabilidad de los hijos, provocando perturbaciones en su desarrollo y formación integral. La seguridad del niño se vería afectada al no contar con un punto de referencia estable, al generarse una convivencia itinerante con su madre y padre y al hacerse imposible la unidad de dirección en su educación. Así, LUNA SERRANO³⁶ señala que “las razones de una decisión en tal sentido corresponden, en su caso, al prudente arbitrio judicial; siquiera parece que sólo debe adoptarse por sus inconvenientes respecto de los hijos con excepcionalidad”.

La gran mayoría de las críticas a la custodia alternada se realizan sobre la base de un supuesto de hecho que puede presentarse, y lamentablemente así lo es en un alto porcentaje de las rupturas, tanto en situaciones de guarda unilateral como sucesiva: que los progenitores no mantienen una relación y comunicación aceptables. CARRASCO PERERA³⁷ señala que exigir lo contrario equivale al desconocimiento del hecho mismo de la ruptura y sus causas, exigiéndose así que los canales de comunicación de los ex cónyuges permanezcan inalterados.

³⁵ Cfr. TAMBORERO DEL RÍO, R., “La guarda...”, *op. cit.*, p. 518, y M., DE COSSÍO MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 20-21.

³⁶ LUNA SERRANO, A., en *Elementos de derecho civil IV. Derecho de Familia*, LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., 4ª ed., Barcelona, J. M. Bosch editor, 1997, p. 168.

³⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A., “Custodia compartida”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648, Parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2004, p.1.

Según este autor, la guarda y custodia alternada prácticamente exigía reproducir la situación entre los cónyuges anterior a la ruptura.³⁸ Opinamos que las cuestiones que obligan a los padres a mantener cierto grado de comunicación son las relativas al cuidado de los hijos, no a las que les unieron como cónyuges y que, por lo tanto, no tiene por qué verse reconstituida la situación matrimonial.

En definitiva, se señala que siendo el interés superior del hijo el principio cardinal que debe regir en la regulación de las crisis matrimoniales, todo elemento positivo que la custodia sucesiva represente, sucumbe ante la inestabilidad que genera la falta de unidad de dirección en el cuidado y educación del hijo, lo que perjudica su normal desarrollo y formación integral de acuerdo con su personalidad, y se opone a dicho interés superior.

A la modalidad alternada o sucesiva de la guarda y custodia se le atribuyen, además de su supuesta inestabilidad, las siguientes desventajas.

- Se señala que en caso de incumplimiento del sistema, la custodia sucesiva se transformaría en una fuente inagotable de conflictos judiciales.

Toda vez que el derecho-función de cuidado personal es ejercido cualitativa y cuantitativamente, en condiciones de igualdad por los padres, aquel que no cumpliera con el deber de dejar al otro padre o madre ejercer su custodia durante el lapso correspondiente, provocaría posteriormente una similar reacción a modo de venganza.

- Se ha afirmado que la custodia alternada perjudica a las mujeres, al potenciar las posibilidades de que sea el padre quien solicite y obtenga la custodia sucesiva, cuestión que a juicio del autor crea un efecto perverso puesto que “como la madre valora casi siempre mucho más que el padre la custodia de los hijos, acabará estando dispuesta a renunciar a todo (pensión, alimentos, bienes matrimoniales)”.³⁹

Creemos que esta aseveración parte de una situación hipotética, cual es la desigualdad de condiciones entre hombre y mujer para establecer el acuerdo regulador de las crisis matrimoniales, circunstancia perfectamente presentable, pero para la cual el legislador prevé ciertos remedios, como es la norma por la cual el juez debe velar por el interés del cónyuge más débil.⁴⁰ Además, nos parece exagerado y ciertamente alejado de la realidad actual atribuirle a la madre una inclinación prácticamente natural respecto al cuidado de los hijos, atributo del que carecería el hombre por el solo hecho de ser tal; no olvidemos que la introducción de esta figura que estudiamos viene precedida, en gran parte, por la lucha reivindicativa de los mismos progenitores varones con respecto a la igualdad de roles en el desempeño del cuidado personal y formación de los hijos.

³⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A., “Custodia...”, *op. cit.*, p. 1.

³⁹ Cfr. *ibíd.*

⁴⁰ *Vid.* art. 27, inc. 2°, de la Ley de Matrimonio Civil chilena. Y para un análisis más detenido del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales en Chile, LATHROP GÓMEZ, F., *Cuidado personal...*, *op. cit.*, pp. 45-55.



- Se señala también que la situación alternada de la guarda intensifica un fenómeno que en situaciones de custodia unilateral con régimen de comunicación ya es habitual, esto es, que el niño puede transformarse en un arma arrojadiza de los padres cuando éstos se hallen en situaciones conflictivas, creándose además conflictos de lealtad en el niño. Esta crítica desecha el supuesto de mejor entendimiento entre los progenitores, que la custodia sucesiva podría favorecer.

4. REQUISITOS PARA ESTABLECER LA GUARDA Y CUSTODIA ALTERNADA O SUCESIVA

Si bien es cierto que la custodia alternada constituye una institución que teóricamente es positiva, la ausencia de ciertas condiciones básicas la hace impracticable.

No pueden ni deben determinarse en la ley requisitos estáticos ni taxativos que hagan procedente la determinación de la custodia sucesiva. Creemos, en cambio, que sí es aconsejable que el legislador establezca pautas generales a las que el juez debe atender; como, por ejemplo, aquellas circunstancias fácticas que pueden llegar a ser imprescindibles para el desarrollo de la alternancia en la custodia.

Los requisitos indispensables para establecer la custodia sucesiva son, a nuestro juicio, atender al interés superior de los hijos –valorando su edad–, escucharlo toda vez que se trata de una cuestión que le atañe directamente,⁴¹ procurar no separar a los hermanos, corroborar que no existe violencia intrafamiliar, regular el cumplimiento de los gastos originados por los hijos y, por cierto, valorar la relación que existe entre los padres tras la crisis matrimonial, ya que creemos que es prácticamente imposible que dicha modalidad se desarrolle exitosamente si no existe un mínimo de entendimiento, colaboración y comunicación entre los progenitores. Debe, asimismo, corroborar la existencia de las condiciones materiales mínimas para que la custodia sucesiva resulte viable, como la existencia de viviendas adecuadas y, si las hay, la proximidad entre ellas.

Se trata de determinar si la estructura familiar permite la aplicación de dicho régimen; de ahí que muchos de estos requisitos tengan carácter ob-

⁴¹ La opinión del hijo es un factor de suma importancia para la valoración de la comunicación que los progenitores mantienen con sus hijos. Lo manifestado por el niño ante el juez no determina la decisión judicial, sino que solamente la informa, como cualquier elemento de juicio. De ahí que existan resoluciones judiciales diametralmente opuestas al deseo expresado por el hijo con respecto a su cuidado personal. En España, la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2004 (JUR 2004/217508), constata que la relación padre-hijo, descrita por éste, en realidad no es tal y que aquél no tiene “control sobre las actividades del menor durante el día [...] siendo en este caso la madre la que lo ejerce con mayor intensidad tratando de inculcarle el valor de la responsabilidad en sus estudios y la disciplina”. No sucede lo mismo en la SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2004 (JUR 2004/125769), que con respecto a una adolescente de 16 años sostiene que “si como ella opina, esa situación de alternancia la encuentra positiva, el principio del favor *filii* debe entenderse proclive a esa solución, pese a que los padres entiendan lo contrario”.

jetivo, pero también psicológicos y sociales, como los que enumera Godoy Moreno,⁴² a título enunciativo:

- Que los cónyuges tengan buena predisposición para entenderse respecto de los problemas y responsabilidades suscitados por sus hijos.
- Que los modelos existenciales (o proyectos de vida) de los progenitores sean similares.
- Que se trate de una situación previa, inmediatamente anterior a la separación, en que los progenitores hayan colaborado por iguales partes en la crianza del hijo, con el fin que no suponga una novedad demasiado difícil de asumir para el niño la guarda del progenitor que no haya participado hasta entonces del cuidado del hijo.
- Respeto mutuo entre los progenitores, en lo que respecta a su relación con el hijo común.

La jurisprudencia ha ido construyendo también ciertos criterios sobre la guarda y custodia alternada o sucesiva.

Así, por ejemplo, se ha referido a las condiciones habitacionales y proximidad de domicilios, afirmando que favorece el sistema de custodia sucesiva el hecho de que ambos progenitores dispongan de viviendas, en cada uno de los lugares en donde se desarrollará la alternancia del cuidado personal.⁴³ Este criterio parece lógico toda vez que el desarrollo de la custodia sucesiva exige el traslado del niño de un domicilio a otro, por lo cual si las condiciones de vivienda favorecen dichos cambios de residencia, se resguarda la estabilidad física y emocional del hijo. Recordemos que una de las principales desventajas aducidas con respecto a esta figura, es el continuo "peregrinaje" a que se vería sometido el niño, ocasionando dañosos desequilibrios. Pues bien, la adopción de medidas en el ámbito material (como lo es la comodidad de las dos viviendas de los padres), beneficia el desarrollo de la alternancia en la custodia.

En esta situación se está favoreciendo una mayor estabilidad emocional, a costa de la estabilidad física. El hijo compartirá su vida cotidiana de manera equitativa con su padre y con su madre, aunque debiendo residir en la vivienda de uno y otro. Las circunstancias del caso, esto es, la condición habitacional, propician y justifican la decisión.

Se han valorado también los aspectos económicos. Así, si la custodia es alternada, lo normal es que los gastos económicos se distribuyan conforme a los periodos de convivencia de cada progenitor; de tal forma, en cada lapso fijado el padre o madre respectivo asume los desembolsos correspondientes

⁴² Cfr. GODOY MORENO, A., "La guarda y custodia compartida...", *op. cit.*, pp. 340 y 341.

⁴³ Así lo consideró, junto a otros factores, la SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003 al valorar como determinante el hecho de que cada uno de los progenitores dispusiera en la misma localidad de una vivienda acomodada a las necesidades de la menor, así como el que ambos hubieran sabido ajustar su horario laboral a su contacto con la menor. SAP de Castellón núm. 279/2003, de 14 de octubre (JUR 2003/264777).



para satisfacer las necesidades de sustento del hijo común. El problema está en el reparto de los gastos de carácter extraordinario. A ello se refiere la SAP de Castellón, de 10 de abril de 2003,⁴⁴ que los soluciona mediante un especial régimen de funcionamiento económico, facilitando el cumplimiento de las responsabilidades de orden patrimonial, mediante un fondo conformado por los aportes mensuales de ambos progenitores. La sentencia señala que “si compartida es la custodia y compartida por ello la obligación de atender en cada momento a las necesidades de los hijos comunes, compartida ha de ser la administración”. Estimamos que la creación de este fondo, establecido como regla general supletoria, podría solucionar el problema del reparto en el sustento de las necesidades de los hijos.

5. NUESTRA OPINIÓN: IMPORTANCIA DE ATENDER AL CASO CONCRETO

Uno de los criterios generales de atribución de la guarda y custodia es el interés superior del niño, directriz que junto al derecho del niño a ser oído infunda el derecho de familia, cobrando especial relieve una vez sobrevenida la crisis matrimonial o de pareja. La mayoría de la doctrina sostiene que se trata de un concepto jurídico indeterminado que sólo adquiere real dimensión al aplicarse al caso concreto, atendidas las circunstancias personales y familiares concurrentes.⁴⁵

Pues bien, frente a la hipótesis de la vida familiar que nos ocupa, la delimitación de dicho interés superior consiste en establecer, sobre la base de la valoración de las más detalladas circunstancias, cuál de las modalidades de custodia garantiza un mejor bienestar para el niño, niña o adolescente. Si lo es la custodia unipersonal, con cuál de ambos progenitores debe permanecer, o bien, si la guarda sucesiva satisface adecuadamente el *favor filii*, qué régimen específico en el tiempo y en el espacio se aplica para el ejercicio alternado del cuidado personal.

Por ello, consideramos que no pueden dictarse sentencias estereotipadas, que debe estudiarse exhaustivamente a cada familia, cada pareja, cada progenitor y cada hijo, con sus particulares características.⁴⁶

Concordamos con CAMPUZANO TOMÉ,⁴⁷ quien, en un minucioso estudio jurisprudencial de la custodia compartida, señala que existe la tendencia a atribuir a ambos padres el ejercicio de la patria potestad, pero sólo a uno de ellos, y de forma exclusiva, la custodia de los hijos, determinando respecto del otro progenitor la respectiva pensión de alimentos y un régimen de comunicación con su hijo. Agrega la autora que dicho criterio puede no ser

⁴⁴ SAP de Castellón núm. 112/2003 (AC 2003/846).

⁴⁵ Vid. VARGAS CABRERO, B., “El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor”, en *El menor y la familia. Conflictos e implicaciones* (vol. col.), Rodríguez Torrente (ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, p. 90.

⁴⁶ Cfr. TAMBORERO DEL RÍO, R., “La guarda...”, *op. cit.*, p. 519.

⁴⁷ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, H., “La custodia compartida...”, *op. cit.*, p. 1.

siempre lo más adecuado “atendiendo tanto a las circunstancias concurrentes en cada caso como a los inconvenientes y perjuicios que tal medida puede conllevar para el menor y para los progenitores. En derecho de familia no hay dos casos iguales y las medidas que en una situación se presentan como beneficiosas para el menor, en otras pueden constituirse en generadoras de resultados gravemente perjudiciales”.⁴⁸

⁴⁸ En un sentido similar se pronuncia BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a., “Criterios para la...”, *op. cit.*, p. 1865; y LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el derecho español* (vol. col.), Tecnos, Madrid, 2002, p. 233.



0 1 2 3 4 5 6 7 8 9

10 11 12 13 14 15 16 17 18 19
20 21 22 23 24 25 26 27 28 29
30 31 32 33 34 35 36 37 38 39
40 41 42 43 44 45 46 47 48 49
50 51 52 53 54 55 56 57 58 59
60 61 62 63 64 65 66 67 68 69
70 71 72 73 74 75 76 77 78 79
80 81 82 83 84 85 86 87 88 89
90 91 92 93 94 95 96 97 98 99

