



*Argumentos en contra de la presunción de la custodia compartida en la ley familiar internacional*

*Arguments against the presumption of joint custody in international family law*

*Argumentos contra a presunção de guarda conjunta no direito internacional da família*

Kathya Susana Burbano-Iñiga <sup>1</sup>

[kathyasusanaburbano@hotmail.com](mailto:kathyasusanaburbano@hotmail.com)

<https://orcid.org/0009-0000-4705-3490>

**Correspondencia:** [kathyasusanaburbano@hotmail.com](mailto:kathyasusanaburbano@hotmail.com)

Ciencias Sociales y Políticas

Artículo de Investigación

\* **Recibido:** 10 de marzo de 2024 \* **Aceptado:** 07 de abril de 2024 \* **Publicado:** 05 de mayo de 2024

I. Consejo de la Judicatura, Magíster en Derecho Constitucional, Ecuador.

## Resumen

La introducción del criterio del “interés superior del niño” como presunción legal en el derecho de familia en la década de 1970 marcó una importante transición desde el criterio de preferencia materna en las disputas por la custodia de los hijos hacia el reconocimiento de la centralidad e importancia de ambos progenitores en la vida de los hijos tras la separación de los padres. Paradójicamente, esta reforma dio lugar a un aumento en lugar de una disminución de la custodia exclusiva de la madre determinada por los tribunales. A pesar de las sólidas pruebas empíricas en apoyo de la crianza compartida, la convergencia de género en las funciones de cuidado de los hijos y el creciente apoyo público a la crianza compartida, la idea de la crianza compartida como presunción legal se ha encontrado con el escepticismo y la resistencia de algunos profesionales jurídicos y de la salud mental. En este artículo se analiza la evolución de los argumentos en contra de la crianza compartida desde que se introdujo el concepto, a principios de la década de 1970, hasta la actualidad.

**Palabras Clave:** Custodia física compartida; Derecho de familia.

## Abstract

The introduction of the “best interests of the child” criterion as a legal presumption in family law in the 1970s marked an important transition from the maternal preference criterion in child custody disputes toward the recognition of the centrality and importance of both parents in the lives of children after the separation of the parents. Paradoxically, this reform resulted in an increase rather than a decrease in court-determined sole custody of the mother. Despite strong empirical evidence in support of shared parenting, gender convergence in childcare roles, and growing public support for shared parenting, the idea of shared parenting as a legal presumption has met with opposition. skepticism and resistance from some legal and mental health professionals. This article examines the evolution of arguments against shared parenting since the concept was introduced in the early 1970s to the present.

**Keywords:** Joint physical custody; Family right.

## Resumo

A introdução do critério do “melhor interesse da criança” como presunção legal no direito da família na década de 1970 marcou uma transição importante do critério de preferência materna em disputas de guarda dos filhos para o reconhecimento da centralidade e importância de ambos os pais na vida dos filhos. filhos após a separação dos pais. Paradoxalmente, esta reforma resultou num aumento, e não numa diminuição, da guarda exclusiva da mãe determinada pelo tribunal. Apesar das fortes evidências empíricas em apoio à parentalidade partilhada, à convergência de género nas funções de cuidados infantis e ao crescente apoio público à parentalidade partilhada, a ideia da parentalidade partilhada como uma presunção legal encontrou oposição e resistência por parte de alguns profissionais jurídicos e de saúde mental. . Este artigo examina a evolução dos argumentos contra a parentalidade partilhada desde que o conceito foi introduzido no início da década de 1970 até ao presente.

**Palavras-chave:** Guarda física conjunta; Família, certo.

## Introducción

A pesar del fuerte apoyo público y de las crecientes pruebas empíricas a su favor, la crianza compartida como presunción en el derecho de familia ha sido recibida con escepticismo entre los profesionales del derecho y de la salud mental. A medida que han proliferado las pruebas de investigación sobre los resultados en la infancia y la familia que apoyan la crianza compartida como fundamento del derecho de familia, también han evolucionado los argumentos en contra de la crianza compartida. Desde la década de 1970, tras la introducción del "criterio del interés superior del niño" en el derecho de familia internacional, un criterio neutro en cuanto al género sustituyó a los estatutos de preferencia materna. Con ello se pretendía fomentar un mayor reparto de la responsabilidad parental de los hijos tras la separación de los padres. Sin embargo, tres "oleadas" distintas de argumentos contra la crianza compartida han puesto a la defensiva a investigadores y defensores de la crianza compartida. Estos argumentos hacen recaer la carga de la prueba sobre los defensores de la doble residencia como alternativa legal viable. Como escribió Kelly (1991): "Resulta irónico, y hasta cierto punto interesante, que hayamos sometido la custodia compartida a un nivel y a una intensidad de escrutinio que nunca se dirigió hacia el acuerdo tradicional posterior al divorcio (custodia legal y física exclusiva para la madre y dos fines de

semana al mes de visitas para el padre)" (p. 55), a pesar de que cada vez hay más pruebas de que la custodia compartida es una alternativa legal viable.

Los acuerdos tradicionales de custodia exclusiva eran menos enriquecedores y estabilizadores para los niños y las familias.

Estas "oleadas" de argumentos en contra de la crianza compartida como premisa del derecho de familia fueron, en primer lugar, un rechazo rotundo de la crianza compartida como una noción inviable y absurda; en segundo lugar, refutaciones más concentradas y profundas; y, en tercer lugar, un reconocimiento cauteloso pero creciente de que la idea podría tener algún mérito. Hoy nos encontramos en un momento decisivo en lo que respecta al reconocimiento y establecimiento de la crianza compartida como lo mejor para la mayoría de los hijos de padres divorciados, y como algo beneficioso también.

En la primera de estas oleadas, uno de los primeros argumentos importantes contra la custodia legal compartida fue que restaría poder a las madres, permitiendo a los padres controlar a sus hijos y a sus exmujeres sin ninguna demostración de responsabilidad en el cuidado de los niños por su parte (Polikoff, 1982; Weitzman, 1985). Se argumentó que "la búsqueda de la igualdad simbólica ha conducido al sacrificio de la equidad" (Fineman, 1988, p. 4).

Varias académicas feministas argumentaron que cuando las disposiciones de custodia compartida siguen pareciéndose de facto a la custodia materna exclusiva, se mantienen en la práctica el papel y las funciones sociales de las madres custodias, pero disminuyen sus derechos legales y el control sobre la vida de sus hijos. La consecuencia negativa de esto se argumentaba, era que la asunción de los derechos parentales en ausencia de una responsabilidad compartida en el cuidado de los hijos tiene el potencial de provocar graves abusos, y desde el punto de vista de los niños, la "custodia compartida" carece de sentido. A pesar de las pruebas de que los padres con custodia compartida estaban de hecho significativamente más implicados en la crianza de los hijos que los padres sin custodia legal, se argumentó además que el potencial de abuso e inequidad sigue existiendo en aquellos casos en los que se concede la patria potestad sin el correspondiente requisito de responsabilidad activa en el cuidado de los hijos.

Otra preocupación sobre la concesión de la custodia compartida a los padres era la suposición de que la principal motivación de los padres divorciados que buscaban la custodia compartida y acuerdos de paternidad compartida era evitar las obligaciones de manutención de los hijos (Polikoff, 1982). Los investigadores de la paternidad (Ambrose, Harper y Pemberton, 1983; Greif,

1979; Hetherington, Cox y Cox, 1976; Jacobs, 1986; Kruk, 1992; Lamb, 1981; Lund, 1987) examinaron esta cuestión. Esta investigación llegó a la conclusión de que, aunque los padres consideraban que el concepto de paternidad compartida abarcaba tanto los derechos como las responsabilidades parentales, su motivación principal era mantener una relación cotidiana significativa con sus hijos. Los padres experimentaban una profunda reacción de dolor ante la ausencia de sus hijos y se veían a sí mismos en alto riesgo de alienarse de sus hijos dentro de los acuerdos tradicionales de custodia y acceso. (Kruk, 1992) Una vez que se estableció que los motivos de los padres para mantener relaciones significativas con sus hijos eran genuinos, y que los acuerdos de cuidado físico compartido eran su objetivo deseado, las tres oleadas de argumentos contra la crianza compartida empezaron a desarrollarse en serio. La primera ola se basaba en una forma anticuada de teoría del apego que se centraba en la necesidad de los niños de mantener el apego con su cuidador principal y la supuesta posición natural de la madre como progenitora principal.

La segunda ola se centró en la exposición de los niños a un alto grado de conflicto y violencia familiar en los acuerdos de paternidad compartida; estos argumentos persistieron a pesar de la falta inicial de investigación sobre la relación entre ambos. Por último, la tercera oleada de argumentos reconocía que la crianza compartida podía ser beneficiosa para la mayoría de los niños, pero advertía contra la idea de las presunciones en el derecho de familia, centrándose en subgrupos de niños y familias como los niños de familias muy conflictivas, o los bebés y los niños muy pequeños. Una vez más, estos argumentos persistieron a pesar de las nuevas investigaciones que apoyaban la crianza compartida y que cuestionaban los supuestos obsoletos sobre estas poblaciones.

Cabe señalar que los argumentos contra la presunción legal de custodia compartida no han seguido una progresión directa. Además, cada una de las oleadas de objeciones, aunque cuestionadas por la investigación actual, persiste en algunos sectores. Sin embargo, la aparición de investigaciones más sólidas sobre los resultados de los niños en familias con custodia compartida en una amplia variedad de circunstancias ha llevado a un momento decisivo en el que está surgiendo un consenso respecto a la custodia compartida como óptima para el interés superior del niño y acorde con su bienestar.

## **La primera ola: Argumentos contra la custodia compartida**

Una vez que se estableció que los padres estaban menos interesados en buscar una autoridad legal conjunta para la toma de decisiones que en criar activamente a sus hijos, los argumentos en contra de la crianza compartida cobraron toda su fuerza. La primera oleada de objeciones a la presunción legal de paternidad compartida se basaba en gran medida en versiones anticuadas de la teoría del apego que se centraban en la necesidad de los niños de mantener el apego con sus madres como cuidadoras principales (Bowlby, 1969).

Estos argumentos no tenían en cuenta las nuevas reformulaciones de la teoría del apego basadas en la investigación, que hacían hincapié en el apego primario de los niños a ambos progenitores, ni la creciente popularidad del cuidado compartido en las familias biparentales.

La primera línea de ataque contra la crianza compartida fue el argumento del "yo-yo". Este argumento sugería que la crianza compartida era intrínsecamente inestable para los niños, que serían "zarandeados como un yoyó". Los traslados recurrentes entre hogares, según esta opinión, pondrían a prueba la adaptación de los niños y crearían una sensación de inestabilidad e inseguridad (Goldstein, Freud y Solnit, 1973). Aparte de los problemas logísticos, trasladarse repetidamente de un hogar a otro, tener que seguir dos conjuntos de normas y enfrentarse a expectativas parentales potencialmente diferentes provocaría estrés y confusión. Los niños podrían tener dificultades para adaptarse a los traslados frecuentes y necesitar una base segura. Se consideraba perturbador y confuso para los niños tener dos hogares donde se encuentran con dos estilos de vida y sistemas de valores diferentes.

Un niño "rebotado" de un progenitor a otro podría enfrentarse a diferentes estilos de crianza, y podría encontrar conflictos de lealtad. Así pues, los críticos de la paternidad compartida hacían hincapié en la vulnerabilidad del niño y en su necesidad de un estilo de vida coherente y predecible. Los defensores de la primera ola también advertían de los problemas causados por las continuas separaciones de los niños de su figura de apego primaria, que, en la mayoría de las familias, se argumentaba, es la madre. Desde este punto de vista, las separaciones podrían impedir que los niños más pequeños, en particular, desarrollaran vínculos seguros con su madre, generando así dificultades en etapas posteriores de su vida. Los primeros trabajos de Bowlby (1969) y Goldstein et al. (1973) fueron invocados para ilustrar la importancia central de que los niños mantengan vínculos con su figura de apego primaria, que se vería comprometida en un acuerdo de crianza compartida. El concepto ya abandonado de Bowlby de monotropía, la idea de que los niños

establecen relaciones de apego con un único cuidador y que esta primera relación sirve de base y modelo para todos los vínculos de apego posteriores, fue la base de la propuesta de que los niños pequeños tienen un progenitor psicológico al que se le debe conceder la autoridad exclusiva para tomar decisiones, incluida la autoridad para determinar si los niños tienen una relación con el otro progenitor y en qué medida (Goldstein et al., 1973).

### **-Pruebas que refutan los argumentos de la primera ola**

En refutación a la primera oleada de argumentos contra la crianza compartida, la teoría del apego se ha modificado para dar cabida a las pruebas de que los niños establecen fuertes vínculos y relaciones de apego con ambos progenitores y muestran una notable tenacidad para mantenerlos en diversas condiciones (Lamb y Kelly, 2009).

En la década de 1970 se realizaron varios estudios para determinar si los dos hogares socavan la estabilidad. Greif (1979) concluyó que la preocupación por el trastorno que supone tener dos hogares rara vez es una preocupación de los propios miembros de las familias con custodia compartida. Abarbanel (1979) observó a familias con custodia compartida en California y descubrió que los niños se sentían "en casa" en ambos entornos y se veían a sí mismos viviendo en dos hogares. Stack (1976) argumentó que la custodia exclusiva priva a los niños de estar expuestos a otra visión del mundo por parte del progenitor no custodio, que podría prepararlos mejor para la vida en una sociedad pluralista. Haciendo hincapié en la resistencia del niño y en su necesidad de recibir estímulos de diversas fuentes, también señaló que la custodia exclusiva puede cortar los lazos del niño con todo un grupo de parientes, mientras que la custodia compartida permite que el grupo de apoyo del niño se amplíe, incluyendo no sólo a ambos progenitores y a sus parientes, sino también a los nuevos amigos de cada progenitor. Actualmente está bien establecido que el nivel de estrés de los niños se reduce y que la adaptación a la separación de los padres mejora en los acuerdos de custodia compartida, en contraposición a la custodia exclusiva. En lo que respecta a las medidas de bienestar físico, psicológico, emocional y social, tanto específicas del divorcio como de adaptación general, los niños que viven en hogares de cuidado compartido obtienen resultados significativamente mejores que los niños que viven en otros tipos de hogares.

Acuerdos (Bergstrom et al., 2013; Fransson, Låftman, Östberg, Hjern, & Bergström, 2017; Nielsen, 2014; Turunen, 2017).

El principal defecto del argumento del progenitor principal o la figura de apego es que se basa en investigaciones y formulaciones de la teoría del apego obsoletas. Ya en 1972, Rutter llegó a la

conclusión de que "el vínculo principal no tiene por qué ser con el padre biológico, no tiene por qué ser con el cuidador principal y no tiene por qué ser con una mujer, ya que se requiere un enfoque menos exclusivo en la madre. Los niños también tienen padres" (Rutter, 1972, p. 125). El propio Bowlby (1973) acabó reconociendo que no es más probable que los niños estén firmemente apegados a las madres que a los padres.

Actualmente está bien establecido que los niños forman vínculos de apego primarios con ambos padres en la misma etapa de su desarrollo (Lamb y Kelly, 2009). Las relaciones que abarcan una serie de actividades y contextos, con separaciones mínimas, son vitales para preservar estos vínculos con ambos progenitores. Según la investigación actual sobre el apego, después de que los padres se separen, las veladas y las noches ofrecen oportunidades para interacciones cruciales y actividades de crianza que las "visitas" diurnas no pueden proporcionar, incluyendo el baño, calmar heridas y ansiedades, rituales a la hora de dormir, consuelo en medio de la noche, y el consuelo y la seguridad de acurrucarse por la mañana después de despertarse (Warshak, 2014, este número). Estas actividades cotidianas crean y mantienen la confianza de los niños en sus padres, a la vez que profundizan y refuerzan los vínculos entre padres e hijos. Los lactantes y los niños muy pequeños no pueden tolerar separaciones prolongadas de sus figuras de apego, y las relaciones tanto con sus madres como con sus padres afectan profundamente a su adaptación. Cuanto más ricas, profundas y seguras sean las relaciones entre padres e hijos, mejor será la adaptación del niño a las transiciones familiares, tanto si los padres viven juntos como si no. Cuando ambos progenitores han participado activamente como cuidadores en la vida de los bebés, las oportunidades frecuentes y continuas de interacción rutinaria con ambos progenitores son cruciales para el bienestar de los niños tras la separación de los padres (Lamb y Kelly, 2009). Más recientemente, Fabricius y Suh (2017) descubrieron que los adultos jóvenes que pernoctaban con sus padres antes de los 3 años tenían mejores relaciones con ambos progenitores que aquellos que no pernoctaban. Estos beneficios se mantuvieron incluso después de controlar el conflicto parental y el sexo y la edad de los niños en el momento de la separación. Los beneficios también se mantuvieron para los padres que inicialmente estaban en desacuerdo sobre las pernoctaciones, cuando el plan de crianza con pernoctación se impuso a pesar de las objeciones de uno de los padres.

Existe un consenso cada vez mayor en torno a la idea de que los arreglos residenciales compartidos para lactantes y niños muy pequeños son un factor de protección (Warshak, 2014). Especialmente

cuando los niños son pequeños, sus interacciones con ambos progenitores deben ser regulares y rutinarias y deben incluir noches en vela y crianza compartida. (véase Warshak, en este número). Más allá de la infancia, los niños en edad preescolar siguen siendo muy vulnerables. Décadas de investigación han documentado la vulnerabilidad de los niños pequeños a la depresión después de la infancia.

Divorcio de los padres, confusión sobre la naturaleza de las familias y las relaciones interpersonales, tendencia a culparse a sí mismos por el conflicto y el divorcio de sus padres, regresión en el comportamiento y el desarrollo general, miedo a que les echen o les sustituyan, juego sin alegría, preocupación por intentar encajar objetos y añoranza del progenitor ausente. Mantener una relación con ambos progenitores en el marco de la coparentalidad protege a los niños de estos síntomas (Lamb y Kelly, 2009).

La refutación del argumento del progenitor principal no ha disuadido a quienes se oponen a la crianza compartida. Aunque reconocen que los niños pueden establecer vínculos afectivos con ambos progenitores, los detractores siguen argumentando que las madres deberían conservar su papel de cuidadoras principales de los niños en el día a día, y que es perjudicial para el bienestar de los niños alterar el statu quo de los cuidadores (Boyd, 2003). Desde esta perspectiva, los acuerdos de custodia exclusiva tras la separación no eran más que la continuación de los acuerdos existentes de cuidado de los hijos, vitales para mantener la sensación de estabilidad y previsibilidad de las rutinas y relaciones de cuidado de los hijos. Se argumentaba que, al solicitar la custodia compartida y alterar el statu quo del cuidado de los hijos, el padre sustentador sólo pretendía eludir sus obligaciones de manutención de los hijos, invocando el estereotipo del "padre vago". Sin embargo, este argumento no tiene en cuenta la convergencia de género en las funciones de cuidado de los hijos en las familias contemporáneas (Bianchi, 2000; Marshall, 2006). Los análisis actuales indican que las madres y los padres empleados dedican una cantidad de tiempo comparable al cuidado de sus hijos.

Por término medio, las madres empleadas dedican 11,1 horas semanales al cuidado directo de sus hijos y los padres dedican 10,5 horas, una división del 51% al 49% (Higgins & Duxbury, 2002, 2012). Aunque trabajan más horas fuera de casa que las madres, los padres jóvenes pasan una media de 4,3 horas al día con sus hijos en, solo 45 minutos menos que las madres de (Galinsky, Aumann y Bond, 2009).

Bianchi (2000) atribuyó la convergencia de género en el cuidado infantil a seis factores: (a) la reasignación del tiempo de las madres al trabajo de mercado fuera del hogar (el tiempo de cuidado de los niños disminuye a medida que ha aumentado el tiempo de trabajo); (b) las sobreestimaciones del tiempo materno con los niños en investigaciones anteriores (se asumía que todo el tiempo en casa se invertía en el cuidado de los niños, cuando en realidad se dedicaba una gran cantidad a tareas domésticas que no implicaban a los niños); (c) las familias más pequeñas han reducido el tiempo total con los niños pequeños; (d) cada vez más niños en edad preescolar pasan tiempo en guarderías y grupos de juego, independientemente de la situación laboral de la madre; (e) la organización del tiempo de las mujeres ha facilitado un aumento relativo de la participación de los padres en el cuidado de los niños; y (f) la tecnología, como los teléfonos móviles, ha permitido a los padres estar "de guardia" sin estar físicamente presentes con los niños. Dadas estas realidades en las familias contemporáneas, la paternidad compartida refleja más fielmente los acuerdos sobre el cuidado de los hijos antes del divorcio que la custodia física exclusiva, si se acepta la afirmación de que los papeles después del divorcio deberían estar determinados por los papeles antes del divorcio.

En resumen, la afirmación de que las madres son las principales cuidadoras de los hijos antes del divorcio está, para la mayoría de las familias, desfasada.

### **La segunda ola: Argumentos contra la custodia compartida**

La segunda oleada de argumentos sostiene que la custodia compartida exagera el conflicto y puede conducir a la violencia entre padres que ya están en conflicto por los acuerdos de custodia de los hijos. En este caso se argumenta que la custodia compartida aumentará el conflicto entre los padres, y que los padres que ya están en conflicto aumentarán su animosidad porque la custodia compartida exige presumiblemente un alto grado de cooperación entre los padres. Según este razonamiento, la necesidad de cooperar y coordinarse perpetuará los conflictos que contribuyeron a la ruptura de la pareja. Por lo tanto, la custodia compartida sólo es adecuada para padres poco o nada conflictivos que se llevan relativamente bien como padres. Además, se argumenta que los niños con custodia compartida corren un mayor riesgo de experimentar lealtades conflictivas y triangularse. Se supone que las familias en litigio a las que se imponga la custodia compartida situarán a sus hijos en medio de sus conflictos.

Estas opiniones han tenido un profundo efecto en el ámbito de la custodia de los hijos, ya que los tribunales han dictaminado bajo el supuesto de que la custodia compartida es inviable en situaciones en las que los progenitores están en conflicto y, por tanto, son incapaces de cooperar. De este modo, las órdenes de residencia principal se imponen de forma rutinaria en los acuerdos determinados por los tribunales, a menos que los padres puedan demostrar su capacidad para cooperar.

### **-Pruebas que refutan los argumentos de la segunda ola**

¿Hasta qué punto apoyan las pruebas empíricas estos argumentos de la segunda ola contra la crianza compartida? Investigaciones anteriores (Johnston, Kline y Tschann, 1989) hallaron resultados más negativos para las hijas, pero no para los hijos, de familias muy conflictivas que de familias poco conflictivas cuando los niños tenían "visitas" frecuentes con sus padres. Kelly (2007), sin embargo, señaló que la cantidad de tiempo de custodia compartido podría no ser tan problemática para los niños como las "visitas" frecuentes en familias muy conflictivas. Sugirió limitar la frecuencia de los intercambios entre los hogares y organizar las transiciones de modo que los padres no tuvieran contacto directo entre sí. También es posible que el conflicto disminuya más rápidamente cuando los padres comparten la custodia física de sus hijos, ya que uno de ellos no se sentirá marginado.

También se ha argumentado que la custodia compartida expone a las mujeres y a los niños a la violencia familiar y al maltrato infantil. Los juristas feministas (Berg, 2011; Meier y Dickson, 2017), en particular, han argumentado que la custodia compartida se ordena de forma rutinaria en familias en las que ha habido un historial de violencia. Jaffe, Crooks y Poisson (2003) estimaron que en aproximadamente el 75% de los casos de custodia impugnada, el padre ha abusado físicamente de la madre: "La custodia compartida es un intento de los hombres de seguir dominando a las mujeres... un principio esencial en el ámbito de los divorcios conflictivos es que la custodia compartida y los planes de crianza compartida no son soluciones viables" (p. 213). La violencia doméstica y el maltrato infantil son cuestiones que los partidarios de la paternidad compartida se toman muy en serio. Por ello, una presunción legal refutable de custodia compartida excluiría los casos de violencia y maltrato infantil y diferenciaría el conflicto grave de la violencia. Ser testigo de la violencia es una forma de maltrato infantil emocional, y todos los niños bajo una presunción refutable gozarían de esta protección.

Otro punto importante para refutar los argumentos de la segunda ola es que los planes de custodia exclusiva "el ganador se lo lleva todo" podrían exacerbar el conflicto interparietal y conducir a la violencia. Más de la mitad de los casos de violencia familiar ocurridos por primera vez se producen en el momento de la separación de los padres, a menudo en medio de disputas por la custodia en las que "el ganador se lo lleva todo" (Ellis & Wight-Pelase, 1986; Hotton, 2003). Johnston, Roselys y Kuehne (2009) hablaron de la alta incidencia de "violencia relacionada con la separación" durante los procedimientos contenciosos por la custodia de los hijos. Cuando ninguno de los progenitores se ve amenazado por la pérdida de sus hijos, es probable que disminuyan los conflictos o la violencia. La animosidad que pueden generar los acuerdos de custodia exclusiva parece hecha a medida para producir los peores resultados posibles cuando dos progenitores afectuosos y competentes no pueden ponerse de acuerdo sobre un plan de crianza, y el conflicto y la violencia se intensifican.

Durante muchos años fue popular la postura de que la crianza compartida en situaciones de gran conflicto era perjudicial para los hijos. Sin embargo, ahora hay pruebas empíricas sólidas de que los niños pueden beneficiarse de la crianza compartida, incluso cuando sus padres no tienen relaciones cooperativas de bajo conflicto (Fabricius, Sotol, Diaz, & Braver, 2016; Nielsen, 2017). La crianza compartida podría crear un incentivo para la cooperación de los padres.

Investigaciones más recientes también han descubierto que la crianza compartida puede mejorar los efectos nocivos de los conflictos graves: Una relación afectuosa con ambos progenitores es un factor de protección para los niños (Nielsen, 2017; Warshak, 2014). Los beneficios de la crianza compartida existen independientemente del conflicto entre los padres. La crianza compartida es beneficiosa para los niños tanto en situaciones de bajo como de alto conflicto. Excepto en situaciones en las que los niños corren el riesgo de sufrir daños físicos o negligencia parental, el tiempo de crianza no debe limitarse en casos de alto conflicto, y el alto conflicto no debe utilizarse para justificar restricciones en el contacto de los niños con cualquiera de sus progenitores.

En lugar de privar a los niños del tiempo con uno de sus progenitores en familias muy conflictivas, es importante reducir el conflicto al que están expuestos los niños. Se han desarrollado varias intervenciones especializadas para ayudar a los padres a reducir el conflicto, como la crianza paralela, la mediación familiar terapéutica, los programas de educación para padres y la coordinación de la crianza (Kruk, 2013). Una estrategia clave es mantener a los padres centrados en las necesidades de sus hijos y mejorar la sintonía de los padres con las necesidades de sus hijos.

La principal tarea terapéutica en familias muy conflictivas es ayudar a los padres a separar sus hostilidades maritales previas de sus responsabilidades parentales actuales.

Por último, los argumentos de la segunda ola no distinguen entre distintos niveles de conflicto. El conflicto es una parte normal de la vida cotidiana, y proteger por completo a los niños del conflicto cotidiano normal podría, de hecho, estar haciéndoles un daño.

Perjuicio. El conflicto es una oportunidad para resolver disputas, sanar y reconciliarse. El conflicto no es intrínsecamente malo para los niños. Es el conflicto persistente y sin resolver que arrastra a los niños al medio lo que es perjudicial para ellos, y los niños necesitan estar protegidos de la violencia y el abuso. Sin embargo, en la mayoría de los divorcios muy conflictivos, la violencia y los malos tratos no son un factor. La seguridad de los niños en la mayoría de los divorcios está mejor garantizada cuando ambos progenitores participan activa y responsablemente en sus vidas, y cuando las instituciones sociales les apoyan en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales (Kruk, 2013).

#### **-La tercera ola: Argumentos contra la custodia compartida**

La tercera ola de argumentos contra la custodia compartida reconoce que la custodia compartida puede ser beneficiosa para la mayoría de los niños, pero advierte contra la idea de las presunciones en el derecho de familia, haciendo hincapié en que debe mantenerse el actual criterio discrecional del interés superior del niño. La tercera oleada de argumentos se dirige específicamente contra el establecimiento de una presunción legal de custodia compartida en el derecho de familia. En la actualidad, el interés superior del menor sigue siendo el único o principal criterio en el que se basan las decisiones legales sobre la paternidad después del divorcio en la mayoría de las jurisdicciones. Se argumenta que el "interés superior" del menor será diferente en cada caso individual, dadas las circunstancias únicas de cada menor y familia. Por lo tanto, desde este punto de vista, es vital que el tribunal conserve su poder discrecional a la hora de tomar decisiones basadas en circunstancias particulares; evaluar cada caso por sus propios méritos debe seguir siendo la piedra angular del derecho de familia. Una presunción legal de custodia compartida se argumenta, daría prioridad a los derechos de los padres sobre el bienestar de los niños.

La norma del interés superior del menor se presenta como neutral en cuanto al género, flexible y fácil de aplicar. Se afirma que la norma proporciona una red de seguridad para garantizar que la seguridad y el bienestar de los niños estén protegidos en la mayor medida posible, especialmente en familias violentas o abusivas. Además, se argumenta que, al permitir a los jueces ejercer su

discreción, el criterio del interés superior garantiza la justicia individual. Por otra parte, se sostiene que la investigación en ciencias sociales no ha establecido la cantidad de tiempo que los padres necesitan para mantener una relación significativa.

#### **-Pruebas que refutan los argumentos de la tercera ola**

Los argumentos de la tercera ola son problemáticos en muchos aspectos. En primer lugar, la norma del interés superior del menor es vaga e indeterminada, ya que el interés superior del menor está en gran medida sin definir, carece de consenso jurídico y se basa en especulaciones sobre la conducta futura.

La ausencia de una definición clara del interés superior hace que la norma sea inviable. En segundo lugar, la norma otorga a los jueces una discrecionalidad sin límites en la toma de decisiones, basada en sus prejuicios idiosincrásicos, en un área en torno a la cual tienen poca o ninguna formación o experiencia, por lo que está sujeta a error judicial. Esta discrecionalidad puede dar lugar a resultados impredecibles e incoherentes. En tercer lugar, las decisiones basadas en el interés superior del menor reflejan una presunción de custodia exclusiva y un sesgo judicial; los jueces pueden tener ideas estereotipadas o anticuadas sobre las funciones del padre y de la madre que sesguen sus decisiones. En cuarto lugar, el criterio discrecional del interés superior del menor sostiene, intensifica y crea conflictos, y alimenta los litigios debido al incentivo de un contexto en el que el ganador se lo lleva todo y en el que un criterio tan indefinido proporciona un contexto en el que todo vale.

En quinto lugar, el criterio del interés superior del menor hace que el tribunal dependa de evaluaciones de la custodia que carecen de base empírica, ya que la base científica de la evaluación de la custodia de menores es muy controvertida y las cualificaciones para convertirse en experto son, en el mejor de los casos, nebulosas. En sexto lugar, las opiniones de los niños y los padres sobre el interés superior del niño, que se centran en las necesidades de los niños y las responsabilidades de los padres con respecto a esas necesidades, son radicalmente diferentes de las opiniones del poder judicial, que se basan en el déficit. En séptimo lugar, con dos progenitores adecuados, el tribunal carece de base jurídica o psicológica para distinguir a uno de ellos como "principal" por encima del otro. Por último, a pesar de la retórica del interés superior del niño, este no está representado en gran medida en los procedimientos judiciales de, ya que la disputa por la custodia opone los derechos de la madre a los del padre (Brown, 2014; Kruk, 2013).

Una presunción legal de custodia compartida basada en un fundamento firme de pruebas de investigación que definan las necesidades y los intereses de los niños en la transición del divorcio proporciona una directriz clara y coherente para la toma de decisiones judiciales. Esta presunción proporciona una norma clara por defecto, elimina la especulación sobre la conducta futura como base para tomar decisiones sobre la custodia, limita la discrecionalidad judicial, mejora la determinación y la previsibilidad del resultado, y reduce los litigios y los continuos conflictos entre los padres.

### **-El Camino seguir**

Una verdadera presunción legal de responsabilidad parental compartida otorgaría a ambos progenitores la misma autoridad para tomar decisiones y un tiempo de crianza igual o casi igual en cuanto a su responsabilidad compartida en el cuidado de los hijos. De acuerdo con la investigación actual, una presunción de paternidad compartida maximiza la implicación de ambos progenitores. Una presunción legal de crianza compartida establece la expectativa de que los ex miembros de la pareja tienen el mismo estatus ante la ley en lo que respecta a sus derechos y responsabilidades parentales, y transmite a los hijos el mensaje de que sus padres tienen el mismo valor como progenitores. La crianza compartida sustituye el criterio discrecional del interés superior por un enfoque centrado en el niño y basado en el interés superior del niño desde la perspectiva del niño.

406E. KRUK

¿Hemos llegado a un punto de inflexión en la comprensión del interés superior del niño en situaciones de separación familiar y divorcio? Esta pregunta fue el tema central de la Tercera Conferencia Internacional sobre el Derecho del Niño.

sobre la Paternidad Compartida en mayo de 2017. En concreto, ¿hemos llegado a un punto en el que podemos concluir con confianza que el interés superior del menor se corresponde con una presunción legal de responsabilidad parental compartida, refutable en casos de violencia familiar, negligencia, maltrato infantil u otras situaciones en las que los menores necesitaban protección de uno de los progenitores mientras seguían juntos? ¿Estamos en un punto en el que las pruebas científicas apuntan en la dirección de ordenar que la crianza compartida se convierta en la base del derecho de familia?

La respuesta a estas preguntas fue destilada por Sanfor Bravera al término de la conferencia: "En mi opinión, hemos superado el obstáculo, hemos llegado a la línea divisoria. Sobre la base de estas pruebas, los científicos sociales pueden ahora recomendar con cautela la presunción de paternidad

compartida a los responsables políticos". Además, añadió: "Creo que la crianza compartida cuenta ahora con pruebas suficientes [de que] la carga de la prueba debería recaer ahora en los que se oponen a ella, en lugar de en los que la promueven" (Bravera & Lamb, este número). También se señaló que varias jurisdicciones se han movido ahora en la dirección de establecer una presunción legal refutable de custodia compartida. Una reciente resolución del Consejo de Europa (Consejo de Europa, 2014), por ejemplo, anima a los Estados miembros a adoptar la crianza compartida como base del derecho de familia, como consecuencia del consenso emergente en la comunidad científica sobre los beneficios de la crianza compartida.

Con un consenso emergente sobre la viabilidad y la importancia de la custodia compartida, por fin se está acabando con los argumentos de quienes se oponen a ella. Las tres oleadas de argumentos en contra de la presunción de custodia compartida se han abordado en la literatura de investigación y se han encontrado insuficientes. Por fin ha surgido un cambio de paradigma hacia una norma jurídica de custodia compartida más basada en pruebas y centrada en el menor.

## Referencias

1. Abarbanel, A. (1979). Shared parenting after separation and divorce: A study of joint custody. *American Journal of Orthopsychiatry*, 49, 320-329. doi:10.1111/j.1939-0025.1979.tb02613.x
2. Ambrose, P., Harper, J., & Pemberton, R. (1983). *Surviving divorce: Men beyond marriage*. Sussex, Reino Unido: Harvester.
3. Berg, R. (2011). Análisis de alienación parental, violencia doméstica y sesgo de género en los tribunales de Minnesota. *Law & Inequality*, 29(1), 2.
4. Bergström, M., Modin, B., Fransson, E., Rajmil, L., Berlin, M., Gustafsson, P. A., & Hjern, A. (2013). Living in two homes-A Swedish national survey of wellbeing in 12 and 15 year olds with joint physical custody. *BMC Public Health*, 13(1), 868. doi:10.1186/1471-2458-13-868.
5. Bianchi, S. (2000). Maternal employment and time with children. *Demography*, 37, 401-414. doi:10.1353/dem.2000.0001
6. Bowlby, J. (1969). *Apego y pérdida: Vol. 1. Attachment*. Londres, Reino Unido: Hogarth.
6. Bowlby, J. (1973). *Apego y pérdida: Vol. 2. Separation: Ansiedad e ira*. Nueva York, NY: Basic Books. 408 E. KRUK

7. Boyd, S. (2003). *Child custody, law, and women's work*. Toronto, ON, Canadá: Oxford University Press.
8. Brown, G. A. (2014). *Ideología y disfunción en el derecho de familia: Cómo los tribunales privan de derechos a los padres*. Ottawa: Canadian Constitution Foundation y Frontier Centre for Public Policy.
9. Consejo de Europa. (2014). *Resolución 2079: Igualdad y responsabilidad parental compartida*. Estrasburgo, Francia: Autor.
10. Ellis, D., & Wight-Peasley, L. (1986, junio). *Wife abuse among separated women*. Ponencia presentada en la reunión de la Asociación Internacional para el Estudio de la Agresión, Chicago, IL.
11. Fabricius, W. V., Sokol, K. R., Diaz, P., & Braver, S. L. (2016). *Relaciones entre padres e hijos: El eslabón perdido entre el tiempo de crianza y la salud mental y física de los niños*. En L. Drozd, M. Saini, & N. Olesen (Eds.), *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court* (2ª ed., pp. 74-84). Nueva York, NY: Oxford University Press.
12. Fabricius, W. V., y Suh, G. W. (2017). *Deben los bebés y niños pequeños tener tiempo de crianza nocturno frecuente con los padres? El debate político y los nuevos datos*. *Psychology, Public Policy, and Law*, 23(1), 68. doi:10.1037/law0000108
13. Fineman, M. (1988). *Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decision making*. *Harvard Law Review*, 101, 727-774. doi:10.2307/1341172
14. Fransson, E., Låftman, S. B., Östberg, V., Hjern, A., & Bergström, M. (2017). *Las condiciones de vida de los niños con residencia compartida-El ejemplo sueco. Investigación sobre indicadores de la infancia*. Avance Publicación en línea. <https://doi.org/10.1007/s12187-017-9443-1>
15. Galinsky, E., Aumann, K., y Bond, J. T. (2009). *Género y generación en el trabajo y en casa*. Nueva York, NY: Families and Work Institute.
16. Goldstein, J., Freud, A., y Solnit, A. J. (1973). *Más allá del interés superior del niño*. New York: Free Press.
17. Greif, J. (1979). *Padres, hijos y custodia compartida*. *American Journal of Orthopsychiatry*, 49, 311-319. doi:10.1111/j.1939-0025.1979.tb02612.x
18. Hetherington, E. M., Cox, M., & Cox, R. (1976). *Divorced fathers*. *Family Coordinator*, 26, 417-428. doi:10.2307/582856

18. Higgins, C., y Duxbury, L. (2002, 2012). *The national work-life conflict study*. Ottawa, ON, Canada: Health Canada.
19. Hotton, T. (2003). *Childhood aggression and exposure to violence in the home* (Serie de documentos de investigación sobre delincuencia y justicia, N° de catálogo 85-561-MIE2003002). Ottawa, ON, Canadá: Statistics Canada, Centro Canadiense de Estadísticas de Justicia.
20. Jacobs, J. W. (Ed.). (1986). *Divorce and fatherhood*. Los Angeles, CA: American Psychiatric Press.
21. Jaffe, P. G., Crooks, C. V., & Poisson, S. E. (2003). Common misconceptions in addressing domestic violence in child custody disputes. *Juvenile and Family Court Journal*, 54(4), 57-67. doi:10.1111/jfcj.2003.54.issue-4
22. Johnston, J., Roseby, V., y Kuehnle, K. (2009). *En nombre del niño: Comprender y ayudar a los niños de divorcios conflictivos y violentos*. New York, NY: Springer.
23. Johnston, J. R., Kline, M., & Tschann, J. M. (1989). Ongoing postdivorce conflict: Effects on children of joint custody and frequent access. *American Journal of Orthopsychiatry*, 59, 576-592. doi:10.1111/j.1939-0025.1989.tb02748.x
24. Kelly, J. B. (1991). Examining resistance to joint custody. En J. Folberg & A. Taylor (Eds.), *Custodia compartida y crianza compartida* (2ª ed., pp. 55-62). Nueva York, NY: Guilford.
25. Kelly, J. B. (2007). Children's living arrangements following separation and divorce: Insights from empirical and clinical research. *Family Process*, 46(1), 35-52. doi:10.1111/famp.2007.46.issue-1 REVISTA DE DIVORCIOS Y SEGUNDAS NUPCIAS 409
26. Kruk, E. (1992). Psychological and structural factors contributing to the disengagement of noncustodial fathers after divorce. *Family and Conciliation Courts Review*, 30(1), 81-101. doi:10.1111/j.174-1617.1992.tb01270.x
27. Kruk, E. (2013). *La presunción de igualdad de los padres: La justicia social en la determinación legal de paternidad después del divorcio*. Montreal, QC, Canadá: McGill-Queen's University Press.
28. Lamb, M. E. (1981). *Padres y desarrollo infantil: An integrative overview*. En M. E. Lamb (Ed.), *The role of the father in child development* (2ª ed.). New York, NY: Wiley.

29. Lamb, M. E., & Kelly, J. B. (2009). Mejora de la calidad del contacto entre padres e hijos en familias separadas con bebés y niños pequeños. En R. M. Galazter-Levy, J. Kraus, & J. Galazter-Levy (Eds.), *The scientific basis of child custody decisions* (2ª ed., pp. 187-214). Hoboken, NJ: Wiley.
30. Lund, M. (1987). The non-custodial father: Desafíos comunes en la paternidad después del divorcio. En C. Lewis & M. O'Brien (Eds.), *Reassessing fatherhood* (pp. 212-224). Londres, Reino Unido: Sage.
31. Marshall, K. (2006). Converging gender roles. *Perspectives on Labour and Income*, 7(1), 5- 17. Meier, J. S., y Dickson, S. (2017). Mapeando el género: Shedding empirical light on family courts' tratamiento de los casos de maltrato y alienación. *Derecho y desigualdad*, 35, 311.
32. Nielsen, L. (2014). Custodia física compartida: Resumen de 40 estudios sobre los resultados para los niños. *Journal of Divorce & Remarriage*, 55, 613-635. doi:10.1080/10502556.2014.965578 Nielsen,
33. L. (2017). Reexaminando la investigación sobre conflicto parental, coparentalidad y custodia. arreglos. *Psychology, Public Policy, and Law*, 23, 211-231. doi:10.1037/law0000109 Polikoff,
34. N. D. (1982). Gender and child custody determinations: Exploding the myths. En I.
35. Diamond (Ed.), *Families, politics, and public policies: A feminist dialogue on women and the state* (pp. 187-192). Nueva York, NY: Longman.
36. Rutter, M. (1972). *Maternal deprivation reassessed*. Harmondsworth, Reino Unido: Penguin.
37. Stack, C. B. (1976). Who owns the child? divorce and child custody decisions in middle-class families. *Social Problems*, 23, 505-515.
38. Turunen, J. (2017). Custodia física compartida y experiencia de estrés de los hijos. *Journal of Divorce & Remarriage*, 58, 371-392. doi:10.1080/10502556.2017.1325648.
39. Warshak, R. A. (2014). *Ciencias sociales y planes de crianza para niños pequeños: Un informe de consenso*. *Psychology, Public Policy, and Law*, 20(1), 46-67. doi:10.1037/law0000005 Weitzman, L. (1985). *La revolución del divorcio: Social and unintended consequences*. Nueva York, NY: The Free Press.

© 2024 por el autor. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).