

SECCIÓN 2
LEGISLACIONES
E INICIATIVAS PARLAMENTARIAS
DE OTROS PAÍSES

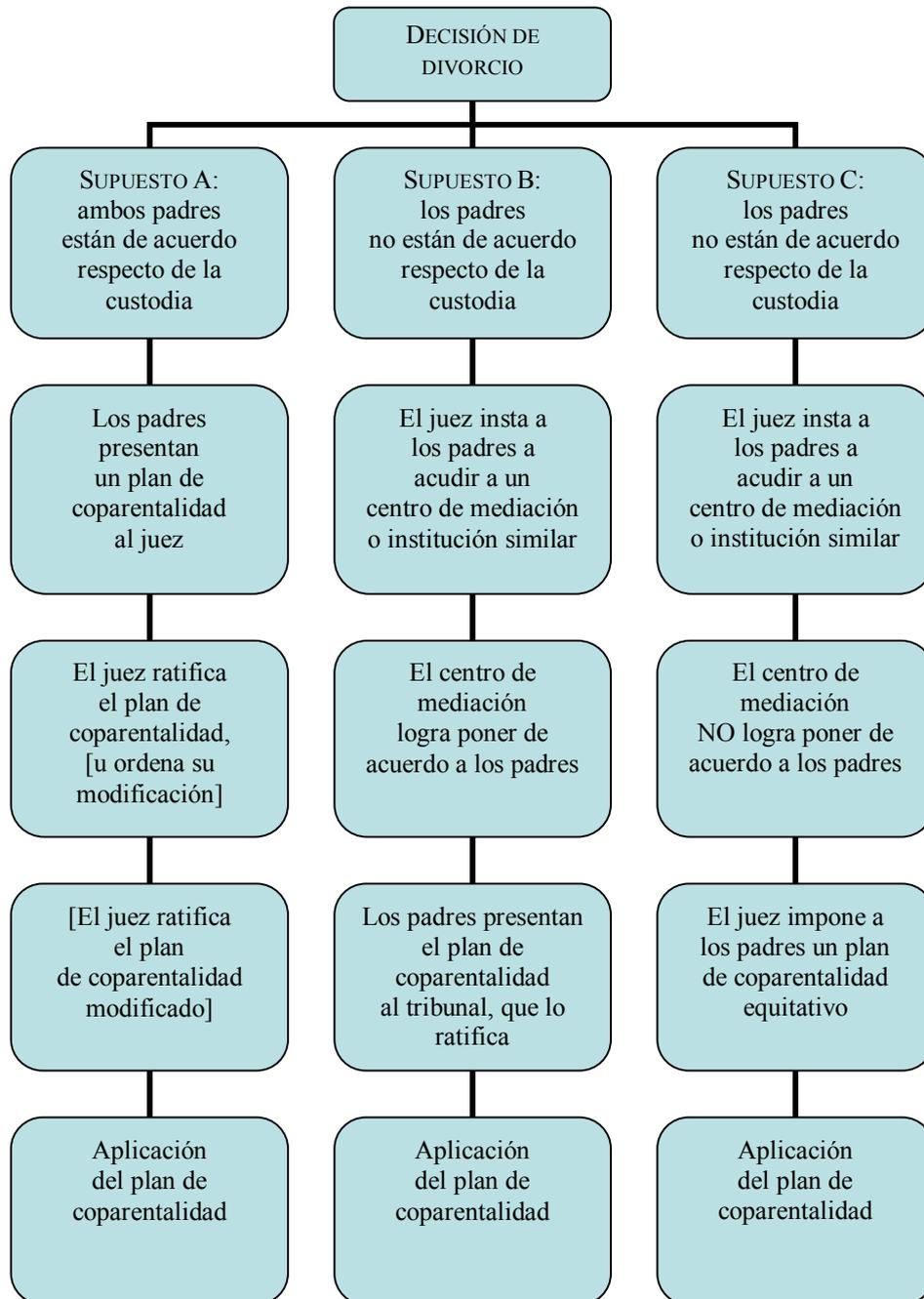
En esta sección tratamos de demostrar que la custodia compartida no sólo es una opción viable, sino que es ya una práctica consolidada en diversos países de nuestro entorno sociológico y se está abriendo paso en otros. Como ejemplo, presentamos textos oficiales o legislaciones de los siguientes países:

- **Francia:** antecedentes, debates parlamentarios y texto de la Ley sobre la autoridad parental, así como un ejemplo de la nueva jurisprudencia.
- **Estados Unidos:** legislaciones de una veintena de estados rotundamente favorables a la custodia compartida y a la igualdad de derechos y responsabilidades tras el divorcio.
- **Canadá:** informe del Comité Conjunto sobre Custodia y Acceso, probablemente la más ambiciosa iniciativa parlamentaria que se haya llevado a cabo sobre el tema de la custodia y que, tras diversas vicisitudes políticas, se plasmará próximamente en una nueva ley de divorcio.
- **Suecia:** diversos textos del Ministerio de Justicia sueco en que se explica el régimen de custodia compartida vigente en el país y su funcionamiento (traducción de textos presentados en inglés por las autoridades suecas).

Asimismo, deseamos hacer referencia a la iniciativa parlamentaria actualmente en marcha en **Italia**, que, según todas las previsiones, acabará culminando igualmente en una nueva legislación sobre custodia compartida.

Gráfico 2.1. Divorcio y coparentalidad

A diferencia de los regímenes de custodia monoparental, caracterizados por su alta litigiosidad, las legislaciones que prevén la custodia compartida (o coparentalidad) dan prioridad a las soluciones por mutuo acuerdo entre las partes y, casi sin excepción, establecen la obligatoriedad de la mediación familiar en caso de desacuerdo entre los padres. Si, tras haber acudido al mediador, las posturas de las partes se mantienen irreconciliables, y no habiendo otras circunstancias que lo desaconsejen, el juez dicta sentencia teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho al contacto asiduo con ambos padres. Por ejemplo, en el caso de la legislación francesa, si el desacuerdo persiste tras la mediación familiar, la ley prevé que el juez imponga, como medida provisional, la residencia alterna.



FRANCIA

En febrero de 2001, el Gobierno francés de Lionel Jospin presentó, a través de su Ministra de la Familia y principal impulsora del proyecto, la nueva iniciativa de reforma del derecho de familia en Francia. La enorme expectación que suscitó esta iniciativa en toda Europa se basaba, en buena medida, en su sección sobre la “custodia alterna”, y en particular en estos tres párrafos:

“Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana.”

“La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido (por otra parte, los padres no separados que se reparten sus responsabilidades como padres, ¿no practican también una forma de alternancia respecto del niño?)”

“En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico.”

Tras un año de lecturas sucesivas en la Asamblea y el Senado franceses, la nueva *Ley sobre la autoridad parental* entró en vigor el 5 de marzo de 2002 y estableció, como disposiciones más innovadoras, las siguientes:

- la desaparición del concepto de “custodia” y el ejercicio común de la patria potestad;
- la prioridad concedida al convenio presentado por los padres y, en caso de desacuerdo de éstos, a las fórmulas de mediación (a instancias del propio tribunal);
- la posibilidad de fijar la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos;
- en caso de desacuerdo entre los padres respecto del modo de residencia del niño, el establecimiento de la residencia alterna del niño durante un plazo determinado o con carácter definitivo.

Probablemente, el texto definitivo de la ley no ha satisfecho plenamente las expectativas suscitadas por las declaraciones de intenciones inicial, ni se expresa con la rotundidad de algunas legislaciones estadounidenses en lo que respecta a la custodia compartida. Posiblemente, su falta de precisión en algunos aspectos, y la omisión de otros, dejan un margen de discrecionalidad excesivo a los jueces. Pero tiene el mérito innegable de anteponer el interés del niño a cualquier otra consideración y constituye, sin duda, un primer paso de gigante en el obsoleto panorama de los regímenes de divorcio europeos. El nuevo enfoque queda muy bien reflejado en las siguientes palabras de la ministra Segolène Royal, pronunciadas en el curso de los debates parlamentarios, “...una cosa es cierta: **la continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño y, en segundo lugar, un derecho y un deber del padre.**”

ANTECEDENTES

El 27 de febrero de 2001, **Ségolène Royal**, Ministra Delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno francés, presentó, bajo el título "**La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias**", un proyecto de reforma del derecho de la familia que, un año más tarde, se plasmaría en la instauración legal de la custodia compartida (bajo los nombres de "autoridad parental" o "coparentalidad") de los hijos de separados.

«Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio», indicó la Ministra al presentar su iniciativa. Y añadió: «La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño».

Aunque la iniciativa constituyó, sin duda, un paso de gigante en medio de los obsoletos regímenes de divorcio occidentales, las miradas más atentas vieron pronto en ella algunas fisuras, especialmente en los casos de poca voluntad conciliadora o excesiva hostilidad de las parejas (o de uno de sus miembros). Por ejemplo, las asociaciones de padres separados lamentaron que no se hubiesen previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños antes emprenderse cualquier acción judicial; que no se impusiese a las partes una seria obligación de negociación, conciliación o mediación ni se hiciese distinción entre el progenitor "positivo" y el progenitor "negativo" que obstaculiza toda conciliación; o que se siguiese reconociendo a los magistrados un poder único e incontrolado que, en muchos casos, podría ejercerse de forma personal y discriminatoria. Como veremos, algunas de estas deficiencias iniciales de la propuesta se subsanaron a lo largo del proceso de elaboración de la ley.

Entre los principales objetivos de la iniciativa anunciada por el Gobierno, se mencionaron los siguientes:

Refundar, renovar y sostener la autoridad de los padres

Los cuatro principios:

- afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido (refundar).
- Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y, consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna (renovar y sostener).
- Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados, y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación (renovar).
- Ayudar a las familias más necesitadas (sostener): grupo de trabajo sobre familia y pobreza; y reforma de la ASE, ya que las familias pobres no son pobres familias y los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con la misma eficacia.

[...]

II - Igualar la responsabilidad parental entre el padre y la madre y, por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres.

Un adolescente de cada cuatro vive con uno solo de sus padres y, la mayor parte de ellos, no tiene contacto educativo con el padre.

Una pensión alimenticia de cada cinco queda sin pagar, y el sentimiento de marginación del padre tiene mucho que ver con ese hecho. Mejorando un aspecto, se mejorará el otro.

Debe darse prioridad a los acuerdos amistosos entre el padre la madre, sobre todo en lo que respecta a la organización de la custodia y a la función de terceros.

En consecuencia, es preciso:

1 – En cuanto a la reforma del derecho de familia (anteproyecto de ley):

- armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de de comunidad de vida para que los padres no casados puedan ejercer la autoridad parental
- introducir en el Código Civil la posibilidad de la custodia alterna de los niños en caso de divorcio;
- facilitar el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establezcan entre ellos, con independencia de que estén o no casados;

2 - medidas concretas de coparentalidad

- crear un libro de paternidad, en el momento en que la madre recibe su documento de maternidad [...];
- estudiar la posibilidad de establecer un permiso de paternidad, ya que estudios suecos han demostrado la presencia de vínculos más fuertes en los padres que se han ocupado del bebé (tres días, bonificación/35 horas, elaboración de un nuevo dispositivo);
- desarrollar la mediación familiar para evitar conflictos al niño;
- ayudar a los padres antes del nacimiento y durante el primer año: prevenir las separaciones debidas a la llegada del niño [...];
- igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos: ficha informativa con ambas direcciones, boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de voto [...]
- doble libro de familia, para que el padre divorciado que no tenga la custodia no se vea privado de toda documentación relativa a su hijo;
- derecho de reembolso de ambos padres en la seguridad social;
- ampliar el libro de familia numerosa a las familias recompuestas con más de dos niños;
- proponer un baremo indicativo para la fijación de las pensiones alimenticias [...].

4 - Coparentalidad e igualdad hombre-mujer

Situación actual

El ejercicio de la función parental no puede considerarse con independencia de las cuestiones de igualdad, igualdad social e igualdad entre los sexos.

[...]

Promover una coparentalidad es permitir a los padres y a las madres el establecimiento de un equilibrio entre la vida profesional, la vida familiar y la vida social.

La consideración de la vida familiar en la organización del tiempo profesional debe afectar tanto a los hombres como a las mujeres.

[...]

Por motivos culturales, la paternidad sigue estando poco amparada en la vida profesional: las encuestas demuestran que el 20% de los hombres, sobre todo los padres jóvenes, desearían ejercer más sus responsabilidades familiares en comparación con sus responsabilidades profesionales.

Propuestas

Crear un verdadero permiso para el padre cuando nace un niño.

Modificar el dispositivo de permisos de ambos padres, a fin de que puedan repartirse mejor.

Lanzar una campaña de comunicación y de sensibilización multimedia que destaque la igualdad padre-madre en la esfera familiar y doméstica y en el cuidado diario de los niños. El día del padre podría, por ejemplo, servir de punto de partida para una campaña de envergadura.

La “custodia alterna”

Situación actual

Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana.

[...]

A partir de la ley de 1993, el juez fija la residencia habitual del niño "si no existe acuerdo entre los padres". Ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad, es decir, cada uno de ellos conserva "el derecho y el deber de custodia", que es uno de los atributos de la patria potestad.

[...]

Propuestas

[...]

La palabra "custodia" define a la vez el derecho y el deber de un padre de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y el deber de ese padre de atender las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día.

La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido (por otra parte, los padres no separados que se reparten sus responsabilidades como padres, ¿no practican también una forma de alternancia respecto del niño?)

En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico.

[...]

La fijación de las pensiones alimenticias

Situación actual

La contribución al mantenimiento y la educación del niño es una obligación que incumbe a ambos padres, una vez establecida la filiación.

El carácter de orden público de esta obligación no impide una repartición amistosa de su cumplimiento entre los progenitores separados.

La fijación de la cuantía de las pensiones alimenticias origina importantes y costosos contenciosos. [...]. Cada año, unos 40.000 procedimientos resultantes del divorcio se refieren únicamente a la cuestión de la pensión alimenticia, con intervención de abogados como asistencia jurídica en el 40% de esos procedimientos.

[...]

Propuestas

Definir baremos indicativos simples basados en los ingresos del deudor de la pensión, así como en las situaciones que justifiquen un aumento o una disminución respecto de esos baremos, tomando como base, por ejemplo, el mecanismo puesto en funcionamiento en el Canadá en 1996. [...]

Reexaminar las normas del derecho fiscal aplicables a las pensiones alimenticias.

17-Prevenir las dificultades de alojamiento del padre no custodio

[...]

Se trata por tanto de:

- favorecer el acceso a la vivienda social del padre "no custodio" para permitirle acoger a sus hijos en buenas condiciones;
- promover la creación de lugares de acogida donde los padres no custodios en situación precaria puedan recibir a sus hijos durante el fin de semana y las vacaciones escolares.

*** **Texto íntegro original:**

http://www.social.gouv.fr/famille-enfance/doss_pr/aut_parent/34_010227.htm

DEBATES PARLAMENTARIOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY EN ESCRITO EL 17 DE MAYO DE 2001

En efecto, en el Estado del derecho positivo, el juez debe fijar una residencia habitual al hijo de padres separados. Lejos de ser anecdótica, esta obligación genera simbólica y jurídicamente una diferencia de situación legal entre los padres.

PRIMERA LECTURA EN LA ASAMBLEA NACIONAL EL 14 DE JUNIO DE 2001

Sr. Marc Dolez, relator de la Comisión Jurídica:

"Aplicación concreta del principio de coparentalidad, la residencia alterna hace su entrada en el Código Civil: en adelante podrá figurar en los acuerdos parentales homologados o ser impuesta por el juez, en función del interés del niño. La Comisión ha preferido que, **en caso de desacuerdo de los padres sobre la residencia del niño, se conceda prioridad a la fórmula de la custodia alterna**, que constituye una aplicación práctica del principio de ejercicio conjunto de la patria potestad."

Sra. Segolène Royal, Ministra Delegada de la Familia:

"El derecho de todo niño a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona debe tener fuerza de ley."

Sra. Christine Lazerges:

"Se afirma el principio de que el padre y la madre deben mantener relaciones personales con el niño y respetar sus vínculos con el otro progenitor."

Sra. Marie-Thérèse Boisseau:

"En nombre del interés del niño, la residencia externa se ha considerado durante mucho tiempo con desconfianza, no sólo por parte de los jueces, sino también de los psicólogos y los trabajadores sociales. Esa situación ha cambiado, como demuestra la sentencia del 24 de febrero de 1999 del Tribunal de Apelación de París, según la cual 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 que la residencia alterna es 'la condición de una coparentalidad real y el elemento fundamental para luchar contra la precarización de una u otra de las funciones parentales'".

Sra. Muguette Jacquaint:

"Otro tema importante: la custodia alterna. Es, sin duda, un progreso, tanto a hacia el reconocimiento de la igualdad entre padre y la madre como del interés del niño."

Sr. Jean Marie Geveaux:

"Si es importante garantizar derechos iguales al padre y a la madre, éste principio debe mantenerse cuando la pareja está en situación de crisis. Por tanto, debe fomentarse la residencia alterna."

Sra. Christine Lazerges:

"La enmienda 8 tiene un alcance simbólico importante: se trata de mencionar la custodia alterna antes que la custodia en el domicilio de uno de los padres, a fin de indicar que esa solución es preferible."

Sra. Segolène Royal, Ministra Delegada de la Familia:

"Esta reforma tiene como objetivo claro incitar a los padres a ponerse de acuerdo sobre el principio de una residencia alterna, que tiene la ventaja de mantener entre ellos la paridad."

Es evidente que la edad debe ser y es tenida en cuenta, pero no podemos olvidar que la cuestión de la residencia alterna ha sido objeto de intensos debates ideológicos, en los que determinados especialistas han explicado que la medida debería excluirse a tal edad, pero adoptarse sin lugar a dudas a tal otra. El criterio de la edad es, por lo tanto, delicado, y no desearía que la ley sirviese para respaldar sectarismos de ese tipo."

INFORME DE LA COMISIÓN JURÍDICA AL SENADO

"Estas reivindicaciones se fundan en los principios de respeto la vida privada y no discriminación reconocidos por la Convención Europea de los Derechos del Hombre, y ponen igualmente de relieve el derecho de los niños a ser criados por sus dos padres, consagrado por la Convención de los Derechos del Niño del 29 de enero de 1990. El artículo 18 de esa Convención fórmula el principio según el cual "ambos padres tienen responsabilidades comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño."

PRIMERA LECTURA EN EL SENADO DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2001

Sra. Segolène Royal, *Ministra Delegada de la Familia:*

"El respeto del lugar que corresponde a cada uno en el marco de la residencia alterna es también uno de los principios básicos de esta reforma. **Las expectativas de un niño respecto de sus padres no deben depender del vínculo de la pareja.** Esta proposición de ley consolida la autoridad durable y protectora de los padres, unidos o desunidos, y consolida el ejercicio de una responsabilidad adulta que es, para mí, el contrapunto natural de unas libertades adquiridas y plenamente reconocidas.

Sin embargo, una cosa es cierta: la continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño y, en segundo lugar, un derecho y un deber del padre.

También es preciso desterrar de nuestro vocabulario esa noción tan absurda como obsoleta del "derecho de visita y alojamiento". ¿Qué puede significar hoy para un padre el derecho de "visitar" a su hijo? ¿Cómo explicar a cualquier padre que no se trata de una prerrogativa discrecional, que su hijo le espera el tercer sábado del mes y que una falta a esa cita será vivida por el niño como un abandono?

Valorar la residencia alterna no es hacer de ella una panacea ni una obligación, ni expresar socialmente la idoneidad absoluta de un modelo de organización tras la separación, ni culpabilizar a las parejas que no recurran a esa modalidad. Simplemente, es reconocer como legítimas las aspiraciones crecientes a un mejor equilibrio del tiempo compartido y dedicado al niño, es mantener la relación triangular de la referencia familiar, es incitar fuertemente a los padres a organizarse de forma responsable, como adultos, a prohibirse a sí mismos utilizar al niño como *punchingball* entre ellos y herir su amor por el otro progenitor.

No es necesario seguir siendo pareja para seguir siendo padre y madre al cien por cien."

Sra. Janine Rozier, en nombre de la Delegación para los derechos de la mujer y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres:

"El objetivo de otorgar un mayor espacio al padre constituiría, en última instancia, una nueva etapa en el progreso de los derechos de la mujer."

Sra. Nelly Olin:

"La puesta en práctica de la residencia alterna permitiría a los padres ejercer realmente la patria potestad, aún cuando se piense que su aplicación será difícil. En efecto, no entiendo

cómo puede ejercerse plenamente la patria potestad cuando sólo se ve al hijo un fin de semana cada quince días. No basta con ser titular de esa potestad. La decisión de aplicar la residencia alterna deberá tomarse caso por caso, ya que esa forma de custodia es la condición esencial para una coparentalidad real".

"Mal definido hasta ahora, el interés del niño es causa de numerosos abusos. Salvo en casos de malos tratos fehacientemente demostrados, son los valores de los padres los que deben recibir prioridad."

Sra. Dinah Derycke:

"En efecto, pongámonos en el caso de que haya desacuerdo de los padres sobre la custodia alterna. El desacuerdo de los padres significa en realidad que uno de ellos quiere obtener la custodia exclusiva del niño y no conceder al otro más que el derecho de visita clásico, es decir, un fin de semana de vez en cuando. En tal caso, el juez, en función de los elementos de información que posea, impondrá la custodia alterna. Esta decisión debe adoptarse de forma definitiva, es decir, que la instancia se detiene. Así lo ha precisado el Sr. Relator. Cuando se dicta sentencia, es, en efecto, esencial que la instancia se detenga y el juez decline su competencia. En caso contrario, no seamos ingenuos, se abrirá la caja de Pandora con todo su horrible contenido. [...] Todos los golpes bajos estarán permitidos para demostrar que la resolución adoptada no es buena. En definitiva, ¿quién será la víctima? ¡El niño! En efecto, mientras que los padres tengan comportamientos poco admisibles, el niño sufrirá.

TERCERA LECTURA EN LA ASAMBLEA NACIONAL, 21 DE FEBRERO DE 2002

Sra. Segolène Royal, *Ministra Delegada de la Familia*:

"La igualdad entre los padres, consistente en reconocer a un niño el derecho de ser criado por su padre y por su madre, se afirma igualmente, gracias sobre todo a las disposiciones previstas para la residencia alterna."

Sra. Chantal Robin-Rodrigo, *en nombre de la Delegación para los derechos de la mujer*:

"El deber de los padres no se limita a la asistencia material, que no debe ser una coartada para desentenderse de lo esencial: la educación y los vínculos afectivos que deben seguir estrechando."

Mme. Christine Lazergues:

"¿No está demostrado que, cuando la separación se organiza procurando una verdadera presencia del padre, el niño tiene mucho menor tendencia a multiplicar las transgresiones o dar signos de sufrimiento psicológico?"

*** **Textos originales:** <http://www.assemblee-nat.fr/cra/2000-2001/2001061409.asp>
<http://www.senat.fr/seances/s200202/s20020214/sc20020214032.html>
<http://www.assemblee-nat.fr/rapports/r3117.asp>
<http://www.senat.fr/rap/l01-071/l01-0715.html>
<http://www.assemblee-nat.fr/propositions/pion3074.asp>
http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc

TEXTO DE LA LEY (CAPÍTULO I)

LEY N° 2002-305 DEL 4 DE MARZO DE 2002 RELATIVA A LA PATRIA POTESTAD

NOR: JUSX0104902L

La Asamblea Nacional y el Senado han adoptado,
El Presidente de la República promulga la ley cuyo tenor es el siguiente:

Capítulo I

La patria potestad

Artículo 1

I.- Quedan derogados los artículos 287 a 295 del Código Civil.

II.- El texto del artículo 286 de ese Código será el siguiente:

"Art. 286.- Las consecuencias del divorcio para los hijos se regirán por las disposiciones del capítulo 1 del título IX del presente compendio."

III.- El texto del artículo 256 de ese Código será el siguiente:

"Art. 256.- Las consecuencias de la separación para los hijos se regirán por las disposiciones del capítulo 1 del título IX del presente compendio".

Artículo 2

El texto del artículo 371-1 del Código Civil será el siguiente:

"Art. 371-1.- La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad el interés del niño.

"El padre y la madre ejercen la patria potestad hasta que el niño alcance su mayoría de edad o su emancipación, con objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

"Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez."

Artículo 3

El texto del artículo 371-2 del Código Civil será el siguiente:

"Art. 371-2.- Cada uno de los progenitores contribuirá al mantenimiento y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del niño.

"Esta obligación no se extingue de pleno derecho cuando el hijo alcanza la mayoría de edad."

Artículo 4

I.-El texto del primer párrafo del artículo 371-4 del Código Civil será el siguiente:

"El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes. El ejercicio de tal derecho sólo podrá restringirse por motivos graves."

II.- El texto del segundo párrafo de ese artículo será el siguiente:

"Si tal es el interés del niño, el juez de familia fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su progenitor."

Artículo 5

I.-Antes del artículo 373-3 del Código Civil se insertará un signo divisorio y un título formulados en los términos siguientes:

"§ 1. Principios generales"

II.- El texto del artículo 372 de ese Código será el siguiente:

"Art. 372.- El padre y la madre ejercerán en común la patria potestad.

"Sin embargo, cuando la filiación se establezca respecto de uno de ellos transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento de un niño cuya filiación haya sido ya establecida respecto del otro, sólo éste quedará investido de la patria potestad. El mismo principio se aplicará cuando la filiación se declare judicialmente respecto del segundo progenitor del niño.

"La patria potestad podrá, sin embargo, ejercerse en común en caso de declaración conjunta de ambos padres ante el secretario jefe del tribunal de primera instancia o por decisión del juez de familia."

III.- Al final del primer párrafo del artículo 365 de ese Código se sustituirán las palabras "pero éste conservará su ejercicio" por la expresión "el cual conservará en exclusiva su ejercicio, a reserva de una declaración conjunta con el adoptante ante el secretario jefe del tribunal de primera instancia a los efectos de un ejercicio en común de esa potestad".

IV.- El texto de los artículos 373 y 373-1 de ese Código será el siguiente:

"Art. 373.- Será privado del ejercicio de patria potestad el progenitor que no esté en condiciones de manifestar su voluntad a causa de su incapacidad, ausencia o cualquier otro motivo.

"Art. 373-1.- Si uno de los progenitores fallece o se halla privado del ejercicio de la patria potestad, el otro ejerce en solitario tal potestad."

V.- Antes del artículo 373-3 de ese Código, se insertará un párrafo 3 formulado en los términos siguientes:

"§3.-De la intervención del juez en los asuntos de familia

"Art. 373-2-6.-El juez del tribunal de primera instancia que entienda en los asuntos de familia tramitará los casos que se le sometan en virtud del presente capítulo, velando especialmente por la protección de los intereses de los hijos menores.

El juez podrá adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres. En particular, podrá ordenar que se inscriba en el pasaporte de los progenitores la prohibición de salir del territorio francés sin autorización de ambos padres.

Art. 373-2-7.-Los progenitores podrán recurrir al juez de familia para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución al mantenimiento y a la educación del niño.

El juez ratificará el convenio, salvo si constatase que no preserva suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los progenitores no se ha dado libremente.

Art. 373-2-8 (*nuevo*).- Cualquiera de los progenitores, o el ministerio fiscal, o terceros a través del ministerio fiscal, podrán solicitar al tribunal que establezca las modalidades del ejercicio de la patria potestad y de la contribución al mantenimiento del niño.

Art. 373-2-9 (*nuevo*).-En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.

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 plazo 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 los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.

Art. 373-2-10.-En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes.

Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto.

Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida.

Art. 373-2-11.-Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá necesariamente en cuenta:

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

Art. 373-2-12 (*nuevo*).-Antes de adoptar cualquier decisión sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o la custodia de los niños por un tercero, el juez podrá encargar a una persona calificada la realización de un informe social, cuyo objetivo será reunir datos sobre la situación de la familia y las condiciones en que viven y se educan los niños.

Si uno de los padres impugna las conclusiones del informe social, el juez podrá, a instancia suya, ordenar la realización de un contrainforme.

El informe social no podrá utilizarse en el debate sobre la causa del divorcio.

Art. 373-2-13.-El juez podrá en todo momento, a instancias de ambos padres o de uno de ellos, de un miembro de la familia o del ministerio público, modificar o completar las disposiciones del convenio ratificado, así como las decisiones relativas al ejercicio de la patria potestad.

Artículo 6

I.- Después del artículo 373-3 del Código Civil se insertará un signo divisorio y un título formulados en los términos siguientes:

"§ 2. Del ejercicio de la patria potestad por los padres separados"

II.- El artículo 373-2 del mismo Código se formulará en los términos siguientes:

Art.373-2.- La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad.

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

Todo cambio de residencia de uno de los progenitores, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juez de

familia que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para el mantenimiento y la educación del niño.

III (*nuevo*).- A continuación del artículo 373-2 del mismo Código, se insertarán cinco artículos, numerados del 373-2-1 al 373-2-5 y expresados en los términos siguientes:

Art. 373-2-1.- Si el interés del niño lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.

El ejercicio del derecho de visita y de acogida domiciliaria de los hijos no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Este segundo progenitor conserva el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño, deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor y deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2.

Art. 373-2-2.- En caso de separación entre los padres, o entre éstos y el niño, la contribución a su mantenimiento y educación adoptará la forma de pensión alimenticia, que será entregada, según sea el caso, por uno de los padres al otro, o a la persona a quien se haya confiado el cuidado del niño.

Las modalidades y las garantías de esa pensión alimenticia se fijarán en el convenio ratificado previsto en el artículo 373-2-7 o, en su defecto, mediante resolución del juez.

Tal pensión podrá adoptar, en su totalidad o en parte, la forma de pago directo de los gastos en que incurra el niño.

Asimismo, podrá pagarse, en su totalidad o en parte, en forma de derecho de uso o de habitación.

Art. 373-2-3.- Cuando la consistencia de los bienes del deudor lo permita, la pensión alimenticia podrá sustituirse, en su totalidad o en parte, y de acuerdo con las modalidades y garantías previstas en el convenio ratificado o establecidas por el juez, por el depósito de una suma de dinero en un organismo acreditado que se encargará de entregar al niño en contrapartida una renta ajustada a las variaciones de los precios, por la cesión de bienes en usufructo o por la asignación de bienes que generen rentas.

Art. 373-2-4.- Con posterioridad podrá solicitarse, si procede, la asignación de un complemento, principalmente en forma de pensión alimenticia.

Art. 373-2-5.- El progenitor que asuma la responsabilidad principal de un hijo mayor de edad que no pueda por sí mismo subvenir a sus necesidades podrá solicitar al otro progenitor la entrega de una contribución para el mantenimiento y la educación del hijo. El juez podrá decidir, o los progenitores podrán acordar, que esa contribución se entregue, en su totalidad o en parte, directamente al hijo."

*****Texto íntegro original de la Ley:**

- <http://www.assemblee-nat.fr/ta/ta0806.pdf> (en el sitio web de la Asamblea Nacional Francesa)
- http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=JUSX0104902L (en el boletín oficial francés – *Legifrance*-)

EJEMPLO DE SENTENCIA DICTADA EN APLICACIÓN DE LA LEY SÉGOLÈNE ROYAL DE 4 DE MARZO DE 2002 POR EL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE AMIENS PARA CONCEDER LA RESIDENCIA ALTERNA DE UN NIÑO DE 18 MESES, A PESAR DE LA VIVA OPOSICIÓN DE SU MADRE

Fundamentos:

Considerando establecido que, para un niño, la presencia a partes iguales de cada uno de sus padres sólo puede tener efectos benéficos para su desarrollo;

Que, habida cuenta de la separación de los padres, tal situación sólo puede llevarse a cabo mediante la residencia alterna;

Considerando que la edad del niño (18 meses) no puede constituir un obstáculo serio;

Considerando que las críticas y sospechas de la Sra (...) en cuanto al comportamiento del Sr.(...) no pueden ser tenidas en cuenta para impedir que este padre se ocupe normalmente de su hijo;

Considerando que, en consecuencia, es posible la residencia alterna del niño, ya que las dificultades de relación entre los padres no constituyen un obstáculo suficiente;

Decisión:

Ordena con carácter provisional y por el periodo de un año, la residencia alterna del niño en el domicilio de cada uno de sus padres y la organiza de la forma siguiente, salvo mejor acuerdo de los padres:

Durante el periodo escolar, en semanas alternas con cada uno de sus padres, llevándose a cabo la entrega del niño el viernes a las 19 horas y siendo el progenitor que va hacerse cargo del niño quien vendrá a buscarlo al domicilio del otro progenitor.

Durante las vacaciones escolares de corta o larga duración, el niño pasará con la madre la primera mitad en los años pares, y la segunda mitad en los impares; el padre tendrá la residencia durante la otra mitad.

*****Texto íntegro de la sentencia:** <http://residencealternee.free.fr/appelAmiens.pdf>

ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos, la custodia compartida [*shared custody*] (o "custodia conjunta" [*joint custody*]), según la terminología más frecuente en ese país) es una realidad que, durante los últimos años, ha ganado terreno de forma imparable, hasta el punto de ser ya la fórmula adoptada como presunción inicial en casi todas las legislaciones sobre divorcio de los distintos estados. En general, es preciso distinguir entre dos formas de custodia compartida o conjunta:

- *Custodia legal conjunta*: significa que los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño; suele acompañarse de un régimen amplio de convivencia, que varía según los distintos estados.
- *Custodia física conjunta*: significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. En general, se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menos tiempo pasa con el niño, siendo frecuentes los repartos al 50%.

Cabe señalar que, en diversos estados (por ejemplo, California o Montana), la expresión "custodia conjunta" comprende tanto la custodia legal como la custodia física, mientras que la legislación otros estados (como Florida o Michigan) prevé simplemente la "custodia alterna" [*rotating custody*]. La custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada *a priori* como más idónea por la mayoría de las legislaciones. Por otra parte, tanto la inmensa mayoría de los estatutos y legislaciones de divorcio, como la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños [*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA)]¹, de 1997, adoptada por unos 20 estados, recomiendan el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio.

En 1995, el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias [*National Center for Health Statistics* (NCHS)], sobre la base de datos de 19 estados, estableció los porcentajes de custodias físicas maternas, paternas y conjuntas asignadas judicialmente en 1989 y 1990. Los resultados mostraban grandes diferencias en los porcentajes de custodia física conjunta según los distintos estados. Pero **cabe destacar que, ya en 1990, los porcentajes de custodia física conjunta habían aumentado respecto del año anterior y se situaban entre el 30 y el 50 por ciento en algunos estados**, en particular en los siguientes:

- Connecticut (36,4%)
- Idaho (33,2%)
- Kansas (43,6%)
- Montana (44,0%)
- Rhode Island (31,7%)

La política común que inspira, en mayor o menor grado, las legislaciones estadounidenses más progresistas sobre divorcio se basa en el **derecho fundamental del niño** a mantener con ambos padres un nivel similar de contacto al existente antes de la ruptura del matrimonio. Aparte de la custodia conjunta, esa política se plasma también en el denominado "principio del progenitor más generoso", según el cual, en los casos en que se haya de otorgar la custodia en exclusiva, será factor determinante para asignarla a uno u otro de los padres la capacidad respectiva que cada uno de ellos muestre para favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.

¹ Puede consultarse en: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>.

ESTADOS UNIDOS:

LEGISLACIONES DE DIVERSOS ESTADOS EN MATERIA DE CUSTODIA

A continuación presentamos, a título de ejemplo, los párrafos más significativos de la legislación sobre divorcio y custodia de algunos estados en los que es práctica corriente la custodia física conjunta. Aunque entendemos que en tales legislaciones abundan los aspectos claramente mejorables, todas ellas tienen en común la apuesta inequívoca por la custodia compartida.

MAINE

(*Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations § 1653, sub-§1* - Fecha de entrada en vigor: 21-09-2001)

§ 1653. Derechos y responsabilidades de los padres

1. A. El Parlamento considera y declara que es **política pública fomentar la resolución de los litigios entre los padres a través de la mediación**, en aras del mejor interés del niño.

C. **El Parlamento considera y declara que es política pública de este Estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o el divorcio de éstos**, y que es de interés público alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para hacer efectiva esa política. [...]

2. A. Cuando los padres hayan llegado a un acuerdo sobre una sentencia de derechos y responsabilidades parentales compartidos [...], el tribunal dictará esa sentencia, a menos que existan pruebas claras y convincentes que lo desaconsejen. El tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que ha denegado la sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales acordada por los padres

2.D. La sentencia el tribunal en que se establezcan los derechos y las responsabilidades parentales incluirá los elementos siguientes:

1) El reparto de derechos y responsabilidades parentales, la compartición de derechos y responsabilidades parentales o la concesión exclusiva de derechos y responsabilidades parentales, en función del mejor interés del niño, según lo previsto en el apartado 3. Una sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales podrá incluir la asignación de la atención residencial primaria del niño a uno de los padres y derechos de contacto al otro padre, o la compartición de la atención residencial primaria del niño a ambos padres. **Si uno de los padres o ambos solicitan una sentencia de atención residencial primaria compartida y el tribunal no la concede, el tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que la atención residencial primaria compartida no coincide con el mejor interés del niño.**

4. **Igual consideración de los padres.** Al determinar los derechos y responsabilidades parentales, el tribunal no podrá conceder preferencia a uno de los progenitores respecto del otro debido al sexo de ese progenitor o a la edad o el sexo del hijo.

***Texto original: <http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/title19-Asec1653.html>
<http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/title19-Ach55.pdf>

CALIFORNIA

(California Family Code)

3002. Por "custodia conjunta" se entenderá la custodia física conjunta y la custodia legal conjunta.

3003. Por "custodia legal conjunta" se entenderá que ambos padres compartirán el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones relativas a la salud, la educación y el bienestar del niño.

3004. Por "custodia física conjunta" se entenderá que cada uno de los padres tendrá períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos padres, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 3011 y 3020.

3020. b) El poder legislativo considera y declara que es política pública 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 artículo 3011.

3040. a) La custodia deberá concederse por el siguiente **orden de preferencia**, según el mejor interés del niño tal como se prevé en los artículos 3011 y 3020:

1) **A ambos padres conjuntamente**, con arreglo al dispuesto en el capítulo 4 (a partir del artículo 3080), **o a cualquiera de ellos**. Al dictar una orden de concesión de la custodia a uno de los padres, **el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los dos padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del niño con el progenitor no custodio**, de conformidad con los artículos 3011 y 3020, **y no dará preferencia a uno de los padres como custodio por razón de su sexo**. El tribunal puede, si lo considera oportuno, pedir a los padres que presenten un plan para la aplicación de la sentencia de custodia.

3080. **Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño**, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 3011, siempre que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en audiencia pública celebrada para determinar la custodia del niño.

3082. Cuando se apruebe o se deniegue una solicitud de custodia conjunta, el tribunal hará constar en su decisión, a petición de cualquiera de las partes, las razones para aprobar o denegar la solicitud de custodia. Una declaración de que la custodia física conjunta coincide, o no coincide, con el mejor interés del niño no es suficiente para satisfacer los requisitos del presente artículo.

*****Texto original:**

<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=fam&codebody=custody&hits=20>
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/fam.html>

LOUISIANA

(Civil Code, art. 131. Custody of children pending the litigation)

A. Si el matrimonio tiene hijos cuya custodia provisional reclamen tanto el marido como la mujer en el transcurso del proceso, **la custodia se concederá según el siguiente orden de preferencia**, de conformidad con el mejor interés del niño:

- 1) **A ambos padres conjuntamente.** El tribunal, salvo excepción por causa válida, requerirá a los padres para que presenten un plan de custodia, o los padres a título individual o por mutuo acuerdo podrán presentar un plan de custodia al tribunal antes de que adopte una decisión al respecto. El plan deberá asignar los periodos de tiempo en que cada uno de los padres disfrutará la custodia física de los niños [...]
- 2) **A cualquiera de los padres.** Al atribuir la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, **cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con el progenitor no custodio, y no dará preferencia como custodio a ninguno de los padres por razón de su sexo o raza.** La carga de la prueba de que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.

C. **Existirá una presunción de derecho de que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño.** [...] La presunción a favor de la custodia compartida podrá refutarse si se demuestra que no coincide con el mejor interés del niño, tras el examen de las pruebas presentadas [...]

D. **A los efectos del presente artículo, se entenderá por "custodia compartida" que los padres compartirán, en la medida de lo posible, la custodia física de los hijos del matrimonio.** [...] Ambos padres compartirán la atención y la custodia físicas de tal forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres.

I. En cualquier procedimiento sobre custodia o visitas, el tribunal, por propia iniciativa o a petición de cualquiera de las partes, podrá requerir a las partes para que solucionen sus diferencias mediante la **mediación**. El tribunal podrá ordenar que una de las partes, o ambas conjuntamente, paguen por anticipado las costas de la mediación. [...] Las partes podrán elegir al mediador o, a falta de acuerdo, podrá elegirlo el tribunal.

***Texto original: http://www.lsbep.org/custody_pending_lit_.htm

IOWA

(Iowa Family Code 1999, section 598.41)

1. a. El tribunal, en la medida en que sea razonable y coincida con el mejor interés del niño, dictará sentencia de custodia, incluido, en su caso, un amplio derecho de visita, que asegurará al niño **el máximo y continuo contacto físico y emocional con ambos padres tras la separación o el divorcio, e invitará a ambos padres a compartir los derechos y las responsabilidades de la crianza del niño**, a menos que de ello resulte un daño físico directo o un daño emocional importante para el niño, para otros hijos o para uno de los padres.

b. No obstante lo dispuesto en el párrafo "a", existirá una presunción de derecho contra la concesión de la custodia compartida si el tribunal constatar que existen antecedentes de violencia doméstica.

c. El tribunal considera la denegación por uno de los padres del contacto máximo y constante del niño con el otro padre sin causa justificada como un factor significativo para determinar el régimen de custodia. [...]

2. b. En caso de que no otorgue la custodia conjunta con arreglo a esta subsección, el tribunal deberá citar pruebas claras y convincentes, con arreglo a los factores mencionados en la subsección 3, por las que la custodia conjunta carece de fundamento y no redundaría en el mejor interés del niño [...].

*****Texto original:** <http://www.legis.state.ia.us/IACODE/1999/598/41.html>

OKLAHOMA

(Oklahoma Statutes, 43 O.S. §109-118)

43 O.S. §109

A. Al conceder la custodia de un hijo menor no casado [...], el tribunal tendrá en cuenta los elementos que, en principio, constituyen el mejor interés para el bienestar físico, mental y moral del niño.

B. El tribunal, de conformidad con lo dispuesto en la subsección A de la presente sección, podrá conceder el cuidado, la custodia y el control de un niño a cualquiera de los padres o a ambos conjuntamente. A los fines del presente artículo, las expresiones custodia, cuidado y control conjuntos significan que los padres comparten en su totalidad o en algunos aspectos el cuidado, la custodia y el control físicos y legales de sus hijos.

C. Si cualquiera de los padres, o ambos, han solicitado la custodia conjunta, presentarán al tribunal sus planes para el ejercicio del cuidado, la custodia y el control conjuntos de su hijo. Los padres podrán presentar un plan conjuntamente o planes por separado. [...]

H. En caso de litigio entre los padres respecto de la custodia conjunta de un hijo y la interpretación de dicho plan, el tribunal podrá nombrar un mediador para resolver el litigio. [...]

43 O.S. §110.1

Es política de este estado asegurar a los hijos menores un contacto frecuente y continuo con los padres que han mostrado capacidad para actuar en función del mejor interés de sus hijos y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Para llevar a cabo esa política, y **en caso de que uno de los padres lo solicite, el tribunal proporcionará a ambos padres un acceso sustancialmente igual al hijo menor de edad**, a menos que considere que tal régimen de coparentalidad resultará perjudicial para los hijos. **La carga de la prueba de que tal régimen de coparentalidad es perjudicial para el niño recaerá en el progenitor que solicitó la custodia exclusiva.**

43 O.S. §112

C. 1. Cuando coincida con el mejor interés de un hijo menor de edad no casado, el tribunal: a. asegurará a los hijos un contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o ruptura matrimonial de éstos, y b. alentarán a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política. [...].

3. Cuando coincida con el mejor interés del niño, la custodia se concederá de forma que asegure el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres. Al conceder la custodia a cualquiera de los padres, el tribunal: a. tendrá en cuenta, entre otros aspectos, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el hijo o los hijos mantengan un contacto frecuente y continuo con el progenitor no custodia, y
- b. **no dará preferencia como custodia a uno de los padres por razón de su sexo.**

*****Texto original:**

http://oklegal.onenet.net/oklegal-cgi/get_statute?99/Title.43/43-109.html

KANSAS

(Kansas Statute No. 60-1610, cap. 60, art. 16)

3) *3) Criterios aplicables a la custodia y residencia de los hijos.* El tribunal determinará la custodia o la residencia de un niño de conformidad con el mejor interés de ese niño.

A) Si las partes han suscrito un plan de responsabilidad parental, deberá darse por supuesto que el acuerdo suscrito coincide con el mejor interés del niño. El tribunal podrá pasar por alto esta presunción y dictar una sentencia distinta si concluye que el plan de responsabilidad acordado no coincide con el mejor interés del niño.

B) 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 es de cualquier persona que no sería uno de los padres y las circunstancias del caso;
- ii) los deseos de los padres respecto de la custodia o residencia;
- iii) los deseos del niño respecto de la custodia o 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 apreciar la relación entre el niño y el otro padre y para permitir una relación continua entre ambos; y
- vii) la constatación de malos tratos conyugales.

En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del niño, y 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*).

4) *Regímenes legales de custodia.* Con sujeción a las disposiciones del presente artículo, el tribunal podrá dictar sentencia de respecto del régimen de custodia más favorable para el mejor interés del niño. La sentencia establecerá uno de los siguientes regímenes legales de custodia, por este **orden de preferencia**:

A) *Custodia legal conjunta*. El tribunal podrá ordenar la **custodia legal conjunta de un niño por ambos padres**. En tal caso, las partes tienen idénticos derechos para adoptar decisiones basadas en el mejor interés del niño.

B) *Custodia legal exclusiva*. Cuando considere que ambas partes no deben tener idénticos derechos para adoptar decisiones respecto del niño, el tribunal podrá ordenar la custodia legal exclusiva de un niño a favor de una de las partes. Si el tribunal no ordena la custodia legal conjunta, hará constar en su sentencia las conclusiones de hecho en que se basa la decisión sobre custodia legal exclusiva. La adjudicación de la custodia legal exclusiva a uno de los padres no privará al otro del acceso a la información relativa al niño, a menos que el tribunal así lo ordene, exponiendo las razones para tal determinación.

5) *Regímenes de residencia*. Tras establecer el régimen de custodia legal, el tribunal determinará la residencia del niño en función del mejor interés de éste y sobre la base de las opciones siguientes. Las partes presentarán al tribunal un plan de responsabilidad parental acordado o, en caso de divergencia, someterán posibles planes a la consideración del tribunal. Las opciones son las siguientes:

A) *Residencia*. **El tribunal podrá ordenar un régimen de residencia que permita al niño vivir con uno de sus padres o con ambos**, en función del mejor interés del niño.

***Texto original: <http://www.kslegislature.org/cgi-bin/statutes/index.cgi/60-1610.html>

IDAHO

(Idaho Statutes, Title 32 - Domestic relations, Chapter 7 - Divorce Actions)

32-717B. CUSTODIA CONJUNTA.

1) Por "**custodia conjunta**" se entenderá una orden que otorgue la custodia del hijo o los hijos menores a los dos padres y establezca que **la custodia física será compartida por ellos de forma que se garantice el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con ambos**. El tribunal podrá conceder la custodia física conjunta, la custodia legal conjunta o ambas a los padres o las partes según considere que convenga más al mejor interés del hijo o los hijos menores. Si el tribunal opta por denegar una sentencia de custodia compartida, deberá exponer en su decisión las razones para tal denegación.

2) Por "custodia física conjunta" se entenderá una orden que otorgue a cada uno de los padres períodos significativos de tiempo en los que el niño residirá con cada uno de los padres o partes y estará bajo su cuidado y supervisión.

Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres, lo que no significa necesariamente que el tiempo que pase el niño con cada padre deba tener exactamente la misma duración, ni tampoco significa necesariamente que el niño deba alternar su estancia con cada padre durante períodos sucesivos de tiempo.

El tribunal determinará la cantidad real de tiempo de convivencia con cada progenitor. [...]

4) Excepto en los casos previstos en el párrafo 5) del presente artículo, y siempre que no prevalezcan pruebas en contrario, **existirá la presunción de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del hijo o los hijos menores**.

***Texto original: <http://www3.state.id.us/idstat/TOC/32007KTOC.html>

ILLINOIS

(Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/)

(750 ILCS 5/602.1)

b) A solicitud de cualquiera de los padres o de ambos, o por iniciativa propia, el tribunal examinará la posibilidad de otorgar la custodia conjunta. Por custodia conjunta se entenderá la custodia establecida con arreglo a un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta o una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. En tales casos, el tribunal pedirá inicialmente a los padres que presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta. En tal Acuerdo se especificarán 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. [...] En caso de que los padres no presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, el tribunal podrá dictar la pertinente Orden de Responsabilidad Parental Conjunta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 602, que establecerá y contendrá los mismos elementos del Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, o podrá conceder la custodia exclusiva con arreglo a lo previsto los artículos 602,6007 y 608.

c) El tribunal podrá dictar una orden de custodia conjunta si determina que esa custodia conjunta redundará en beneficio del mejor interés del niño, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) la capacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en las cuestiones que afecten directamente a la responsabilidad parental conjunta o al niño. Por "capacidad de los padres para cooperar" se entenderá la capacidad de los padres para cumplir sustancialmente una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. El tribunal no tendrá en cuenta la incapacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en cuestiones que no afecten directamente a la responsabilidad parental conjunta del niño;
- 2) las circunstancias residenciales de cada padre; y
- 3) cualquier otro factor relacionado con el mejor interés del niño.

d) 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. La residencia física del niño en las situaciones de custodia conjunta se determinará por:

- 1) acuerdo expreso de las partes; o
- 2) orden del tribunal con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo.

*****Texto original:**

<http://www.legis.state.il.us/ilcs/ch750/ch750act5articles/ch750act5artstoc.htm>

MISSOURI

(Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375. Entrada en vigor: 28 de agosto de 2001)

452.375.1

3) Por "custodia física conjunta" se entenderá una orden en virtud de la cual se concedan a cada uno de los padres períodos de tiempo significativos, aunque no necesariamente iguales, durante

los cuales el niño residirá con cada uno de los padres o estará bajo su cuidado y supervisión. **Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño un contacto frecuente, continuo y significativo con ambos progenitores;** [...]

2. El tribunal determinará la custodia de conformidad con el mejor interés del niño y, a tal efecto tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

- 1) los deseos de los padres respecto de la custodia y el plan de responsabilidad parental presentado por ambas partes
- 2) la necesidad del niño de una relación frecuente, continua y significativa con ambos padres y la capacidad y buena disposición de éstos para desempeñar activamente sus funciones maternas y paternas y atender las necesidades del niño;
- 3) la interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar significativamente al mejor interés del niño;
- 4) la propensión de cada padre a permitir un contacto frecuente, continuo y significativo con el otro progenitor; [...]

4. **La Asamblea General considera y declara política pública de este estado que el contacto frecuente, continuo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio coincide con el mejor interés del niño,** excepto en los casos en que los tribunales constaten expresamente que tal contacto no coincide con el mejor interés del niño, y que es política pública de este Estado invitar a los padres a participar en las decisiones que afecten a la salud, la educación y el bienestar de sus hijos y a resolver los litigios relacionados con sus hijos de forma amistosa mediante un procedimiento alternativo de mediación. **Para poner en práctica estas políticas, los tribunales establecerán el régimen de custodia que mejor garantice la participación de ambos padres en tales decisiones, así como el contacto frecuente, continuo y significativo con sus hijos,** siempre que ello coincida con el mejor interés del niño.

5. Antes de establecer el correspondiente régimen de custodia con arreglo al mejor interés del niño, el tribunal examinará cada una de las siguientes posibilidades por este orden:

- 1) **concesión de la custodia física y legal conjunta a ambos padres, que no se denegará únicamente porque uno de ellos se oponga a esa concesión de la custodia conjunta.** Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza;
- 2) concesión de la custodia física conjunta, al tiempo que se concede a una de las partes la custodia legal exclusiva. Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza;
- 3) concesión de la custodia legal conjunta, y de la custodia física exclusiva a una de las partes;
- 4) concesión de la exclusiva a cualquiera de los padres; o
- 5) concesión de la custodia o de derechos de visita a terceros. [...]

8. **No se podrá otorgar preferencia a ninguno de los progenitores de un niño en la concesión de la custodia por motivos de la edad, el sexo o la situación financiera de ese progenitor, ni en función de la edad o el sexo del niño.**

9. Toda sentencia relativa a la custodia incluirá un plan de responsabilidad parental expuesto por escrito en que se establezcan las condiciones del régimen de responsabilidad parental con arreglo a lo previsto en el párrafo siete del artículo 452.310. Tal plan podrá ser un plan de responsabilidad parental presentado por las partes con arreglo al artículo mencionado o, en su defecto, un plan establecido por el tribunal [...]

*****Texto original:** <http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>

ALASKA

(*Alaska Statutes, title 25 – AS 25.20.060*)

a) [...] El tribunal otorgará la custodia sobre la base del mejor interés del niño. Al determinar cuál es el mejor interés del niño, el tribunal tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los enumerados en AS 25.24.150 c). En una determinación de custodia formulada en virtud de la presente sección, el tribunal establecerá un régimen de visitas a favor de un abuelo u otra persona si ello coincide con el mejor interés del niño.

b) Ninguno de los padres, con independencia de la cuestión de la legitimidad del niño, tendrá preferencia a efectos de la adjudicación de la custodia.

c) El tribunal podrá conceder la custodia compartida [*shared custody*] a ambos padres si considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. Una sentencia de custodia compartida asegurará que el niño tenga contacto frecuente y continuo con cada uno de los padres en la mayor medida posible.

AS 25.20.080. Mediación en relación con la custodia del niño.

a) [...] en cualquier momento, dentro de los 30 días siguientes a la presentación de una solicitud de custodia presentada de conformidad con la disposición AS 25.20.060, el tribunal podrá ordenar a las partes que se sometan a mediación.

***Texto original: <http://touchngo.com/lglcntr/akstats/Statutes/Title25/Chapter20.htm>

PENSILVANIA

(*Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations*)

§ 5301. Declaración de política

La Asamblea General declara que es política pública de este Estado, cuando ello redunde en beneficio del mejor interés del niño, garantizar un contacto razonable y continuo del niño con ambos padres tras la separación o ruptura del matrimonio, y la compartición de los derechos y responsabilidades de la crianza del niño por ambos padres, así como el contacto continuo del hijo o los hijos con sus abuelos en caso de fallecimiento de uno de sus padres, o de divorcio o separación de sus padres.

§ 5302. Definiciones

[...]

“Custodia compartida”. Orden por la que se concede la custodia legal compartida o la custodia física compartida de un niño, o ambas, de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres y el acceso material a ambos. [...]

§ 5303. Concesión de la custodia, de la custodia parcial o del derecho de visita.

a) Norma general.- Al dictar una sentencia de custodia, custodia parcial o derecho de visita a favor de cualquiera de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres favorecerá y permitirá con mayor probabilidad el contacto y el acceso material frecuentes y continuos entre el progenitor no custodio y el niño.

§ 5304. Concesión de la custodia compartida

El tribunal podrá dictar sentencia de custodia compartida cuando ello coincida con el mejor interés del niño:

1. a solicitud de uno de los padres o de ambos;
2. cuando las partes se hayan puesto de acuerdo sobre la concesión de la custodia compartida; o
3. según las facultades discrecionales del tribunal.

§ 5306. Plan de aplicación de la sentencia de custodia

El tribunal podrá, si lo considera oportuno, requerir a los padres para que presenten un plan de aplicación de una orden dictada con arreglo al presente subcapítulo. A petición de cualquiera de los padres o del tribunal, la sección de relaciones domésticas del tribunal u otra parte u organismo autorizado por el tribunal, ayudarán a los padres a formular y aplicar el plan.

*****Texto original:** <http://members.aol.com/StatutesP2/23.Cp.53A.html>

NEVADA

(Nevada Revised Statutes, Chapter 125)

NRS 125.460 Política del Estado. El Parlamento declara como política de este Estado la siguiente:

1. Asegurar a que los hijos menores de edad mantengan contactos frecuentes y una relación continua con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio; y
2. Alentar a esos padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos.

NRS 125.480 Mejor interés del niño; preferencias; consideraciones del tribunal; presunción cuando el tribunal determine que el progenitor o la persona que conviva con el niño es perpetrador de violencia doméstica.

1. Al determinar la custodia de un hijo menor de edad en relación con una demanda interpuesta con arreglo al presente capítulo, la única consideración del tribunal es el mejor interés del niño. Si el tribunal considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño, podrá conceder la custodia a las partes conjuntamente.
2. **No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea la madre o el padre del niño.**
3. El tribunal otorgará la custodia por el siguiente **orden de preferencia**, a menos que, en determinados casos, el mejor interés del niño requiera otro criterio:

a) **A ambos padres conjuntamente**, de conformidad con la disposición NRS 125.490, o a **cualquiera de ellos**. Si no dicta sentencia de custodia conjunta de un niño después de que cualquiera de los padres la haya solicitado, el tribunal deberá exponer en su sentencia los motivos por los que se ha negado a la solicitud de ese progenitor. Al otorgar la custodia a cualquiera de los padres, el tribunal deberá tener presentes, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño tenga relaciones frecuentes y continuas con el progenitor no custodio.

NRS 125.490 Custodia conjunta

1. Se da por supuesto, salvo prueba en contrario, que la custodia conjunta coincide con el mejor interés de un hijo menor si los padres han acordado la atribución de la custodia

- conjunta o lo acuerdan ante el tribunal en sesión pública celebrada para determinar la custodia del hijo o los hijos menores del matrimonio.
2. El tribunal podrá conceder la custodia legal conjunta sin otorgar la custodia física conjunta en caso de que los padres hayan optado de mutuo acuerdo por la custodia legal conjunta.
 3. A fin de determinar con mayor propiedad la conveniencia de una resolución de custodia conjunta, el tribunal podrá ordenar que se lleve a cabo una investigación.

*****Texto original:** <http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-125.html>

MONTANA

(Montana Code Annotated 1995)

40-4-222. Declaración de la intención del legislador - custodia conjunta.

El poder legislativo del estado de Montana considera y declara que es política pública de este estado **garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política.** El poder legislativo considera que los tribunales de distrito del estado de Montana están facultados para otorgar la custodia conjunta, siempre que, a su entender, coincida con el mejor interés del niño en el caso concreto que examinen. La finalidad de los párrafos 40-4-222 a 40-4-225 es establecer determinadas directrices para la resolución de las diferencias sobre la custodia.

40-4-223. Concesión de la custodia conjunta o individual.

1) En los litigios relativos a la custodia de un hijo menor en que las partes sean ambos padres, el tribunal otorgará la custodia en función del mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en la sección 40-2-212:

a) **a ambos padres conjuntamente;** el tribunal averiguará si se ha suscrito, con conocimiento de causa y de modo voluntario, un acuerdo de custodia conjunta; o

b) **a cualquiera de los padres.** Al adjudicar la custodia a uno de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, junto con los factores enunciados en la sección 40-4-212, **cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño mantenga un contacto frecuente y continuo con el progenitor no custodio, y no podrá establecer preferencia a favor de uno de los padres como custodio por razón de su sexo.**

2) Al adoptar una resolución, el tribunal requerirá la presentación de un plan para la aplicación de la orden de custodia.

3) El tribunal expondrá en su decisión las razones y los factores que ha tenido en cuenta para adoptar su resolución.

40-4-224. Custodia conjunta – modificación - consulta con profesionales.

1) **Si uno de los padres o ambos solicitan la custodia conjunta, el tribunal da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés de un hijo menor,** salvo que el tribunal considere, con arreglo a los factores expuestos en la sección 40-4-212, que la custodia conjunta no redundará en beneficio del mejor interés del hijo menor. Si decide no dictar una orden de custodia conjunta, el tribunal expondrá en su decisión las razones por las que ha denegado la custodia conjunta. La objeción a la custodia conjunta por un progenitor que trate de obtener la custodia exclusiva no es base suficiente para considerar que la custodia conjunta

no coincide con el mejor interés del niño, como tampoco lo es la constatación de que exista hostilidad entre los progenitores. Sin embargo, la constatación de que uno de los padres ha maltratado físicamente al otro o al niño constituye base suficiente para determinar que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

2) A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, **por "custodia conjunta" se entenderá una orden que conceda la custodia del hijo menor a ambos padres y establezca que la custodia y la residencia físicas del niño se repartirán entre los padres de forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos progenitores. La distribución del tiempo de convivencia entre los padres deberá ser lo más equitativa posible;** no obstante,

a) cada caso se determinará en función de sus aspectos prácticos, siendo la consideración fundamental el mejor interés del niño; y

b) al distribuir el tiempo de convivencia entre los padres, el tribunal tendrá en cuenta el efecto de esa distribución en la estabilidad y continuidad de la educación del niño.

3) Cualquier orden de custodia conjunta podrá modificarse de acuerdo con la sección 40-4-219 a efectos de poner fin a la custodia conjunta.

4) El tribunal podrá, en cualquier momento, instar a las partes a que consulten con profesionales calificados que les ayuden a elaborar un plan para la aplicación de la sentencia de custodia o resolver cualquier disensión que surja en la aplicación de tal plan.

*****Texto original:** http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mca_toc/40.htm

MISSISSIPPI

(Mississippi Code of 1972, as amended by Laws 2000, Ch. 453, Secc. 1, HB214; en vigor desde el 1 de julio de 2000)

SEC. 93-5-24 Tipos de custodia concedidos por los tribunales; custodia conjunta; no presunción a favor de la custodia materna; acceso del progenitor no custodio a la información relativa al niño

1) La custodia se concederá, en función del mejor interés del niño, con arreglo a las modalidades siguientes:

a) **Custodia física y legal a ambos padres conjuntamente**, de conformidad con las subsecciones 2 a 7.

b) **Custodia física a ambos padres conjuntamente**, de conformidad con las subsecciones 2 a 7, **y custodia legal a cualquiera de ellos.**

c) Custodia legal a ambos padres conjuntamente, de conformidad con las subsecciones 2 a 7, y custodia física a cualquiera de los padres.

d) Custodia física y legal a cualquiera de los padres. [...]

2) Cuando el fundamento del divorcio sea la existencia de diferencias irreconciliables, podrá concederse la custodia conjunta si ambos padres lo solicitan y el tribunal lo considera oportuno.

3) En los demás casos, el tribunal, en uso de sus facultades discrecionales, podrá conceder la custodia conjunta a solicitud de uno de los padres o de ambos.

4) Se dará por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del menor cuando ambos padres estén de acuerdo en su otorgamiento.

5) a) A los efectos de la presente sección, **por “custodia conjunta” se entenderá custodia física y legal conjunta.**

b) A los efectos de la presente sección, por “custodia física” se entenderá la ejercida en los periodos en que el niño resida con uno de sus padres o esté a su cargo y bajo su supervisión.

c) A los efectos de la presente sección, por “custodia física conjunta” se entenderá que cada uno de los padres tendrán periodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres. [...]

7) **No existirá presunción a favor de la madre al adjudicar la custodia legal o física en función del mejor interés del niño.**

*****Texto original:** <http://www.mscode.com/free/statutes/93/005/>
<http://www.mscode.com/free/statutes/93/005/0024.htm>

FLORIDA

(Florida Statutes Annotated)

61.121. Custodia alterna. El tribunal podrá ordenar la custodia alterna si considera que coincide con el mejor interés del niño.

61.13 – 1 e) 2) b)1 - [...] Es política pública de este estado asegurar que cada hijo menor de edad tenga contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades, así como las satisfacciones, de la crianza de los hijos. Tras el examen de todos los datos pertinentes, **se otorgará al padre la misma consideración que a la madre al determinar la residencia primaria del niño, con independencia de la edad o del sexo del niño.**

61.13 – 1 e) 2) b) 2 a. Al ordenar la compartición de la responsabilidad parental, el tribunal podrá tener en cuenta los deseos expresados por los padres y conceder a una de las partes la responsabilidad final de determinados aspectos del bienestar del niño, o podrá dividir esa responsabilidad entre las partes sobre la base del mejor interés del niño. Entre los aspectos de responsabilidad, podrá incluirse la residencia primaria, la educación, la atención médica y odontológica y otras responsabilidades que el tribunal considere exclusivas de una familia determinada.

61.13 – 1 e) 3) - A efectos de compartición de la responsabilidad parental y atribución de la residencia primaria, el mejor interés del niño comprenderá una evaluación de todos los factores que afecten al bienestar y los intereses del niño, en particular los siguientes:

a) La mayor probabilidad de que uno de los padres permita al niño mantener un contacto frecuente y continuo con el progenitor no residente.

b) La capacidad y disposición de los padres a proporcionar al niño alimentos, vestido, asistencia médica y otros cuidados terapéuticos reconocidos y permitidos por las leyes de este estado como sustitutivos de la asistencia médica, y atender sus restantes necesidades materiales. [...].

j) La buena disposición y capacidad que cada uno de los padres para facilitar y fomentar una estrecha y constante relación familiar entre el niño y el otro progenitor.

k) Los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica de conformidad con el artículo 741.30.

*****Texto original:**

http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=Ch0061/titl0061.htm

WISCONSIN

(1999-2000 Wisconsin Statutes and Annotations, chapter 767, Actions affecting the family)

767.001 Definiciones

(1s) Por "custodia legal conjunta" se entenderá la condición en virtud de la cual ambas partes comparten la custodia legal, y en ningún caso los derechos de custodia legal de una parte serán superiores a los de la otra, excepto en caso de determinadas decisiones del tribunal o de las partes establecidas en la sentencia u orden definitiva. [...].

(5) Por "convivencia física" se entenderá la condición en virtud de la cual una de las partes tiene derecho a la presencia física del niño y el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones cotidianas ordinarias relativas al cuidado del niño, de conformidad con las decisiones generales adoptadas por una persona que tenga la custodia legal.

767.24 Custodia y convivencia física.

2) CUSTODIA A LA PARTES: CONJUNTA O EXCLUSIVA. a) Con sujeción a lo dispuesto en los párrafos a), b) y c), sobre la base del mejor interés del niño y tras considerar los factores expuestos en la subsección 5), el tribunal podrá otorgar la custodia legal conjunta o la custodia legal exclusiva de un hijo menor de edad.

a) **El tribunal dará por supuesto que la custodia legal conjunta coincide con el mejor interés del niño.**

b) El tribunal podrá conceder la custodia legal exclusiva únicamente si considera que ello coincide con el mejor interés del niño y se cumple alguna de las condiciones siguientes:

- 1) Ambas partes están de acuerdo en otorgar la custodia legal exclusiva a la misma parte.
- 2) Las partes no están de acuerdo respecto de la concesión de la custodia legal exclusiva a la misma parte, pero al menos una de las partes solicita la custodia legal exclusiva y el tribunal constata que concurre alguna de las circunstancias siguientes:
 - a. Una de las partes no es capaz de desempeñar los deberes y responsabilidades parentales o no desea participar activamente en la crianza del niño.
 - b. Existen una o varias condiciones que obstaculizarían sustancialmente el ejercicio de la custodia legal conjunta.

4) **DETERMINACIÓN DE LA CONVIVENCIA FÍSICA.**

a) 2) Al determinar los periodos de convivencia física, el tribunal tendrá en cuenta cada caso en función de los factores previstos en la subsección 5). **El tribunal establecerá un calendario de residencia que permita al niño disfrutar de periodos regulares y significativos de convivencia física con cada uno de los padres y establezca en el nivel máximo posible la**

cantidad de tiempo que el niño puede pasar con cada progenitor, teniendo en cuenta la separación geográfica y la ubicación de los distintos hogares. [...]

c) Ningún tribunal podrá denegar o conceder periodos de convivencia física por incumplimiento o cumplimiento de obligaciones financieras para con el niño o, si las partes estuvieron casadas, para con el ex cónyuge.

5) FACTORES QUE SE TENDRÁN EN CUENTA AL DETERMINAR LA CUSTODIA Y LA CONVIVENCIA FÍSICA. Al determinar la custodia legal y los periodos de convivencia física, el tribunal tendrá en cuenta todas las circunstancias relacionadas con el mejor interés del niño. **El tribunal no podrá otorgar preferencia a uno de los padres o potencial custodia sobre el otro por razón de su sexo o raza.**

*****Texto original:** <http://www.legis.state.wi.us/statutes/97Stat0767.pdf>
<http://www.legis.state.wi.us/nav/wislaw.htm> >Wisconsin Law > Statutes> Chapter 767

TEXAS

*(Texas Family Code, chapter 153 – Conservatorship, posesión and access)*²

§ 153.001 Política pública

a) Es política pública de este estado:

1) **asegurar que los niños tengan contacto frecuente y continuo con los padres** que han mostrado capacidad para actuar en función del mejor interés del niño;

2) proporcionar al niño un entorno seguro, estable y exento de violencia;

3) **animar a los padres a compartir los derechos y deberes de la crianza de sus hijos tras la separación o ruptura matrimonial.**

b) Ningún tribunal podrá dictar una sentencia que supedite al pago de pensiones alimenticias el derecho de un titular de custodia [*conservator*] a la convivencia o el contacto con el niño.

§ 153.002 Mejor interés del niño

El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño.

§ 153.003 No discriminación por razón de sexo o estado civil

El tribunal tendrá en cuenta las aptitudes de las partes **con independencia del estado civil o del sexo de cada parte** o del niño al determinar:

² El Código de Familia de Texas, adoptado en 1997, delimita con gran prolijidad y detalle (a lo largo de 29 páginas) el tiempo de convivencia del niño con cada progenitor. Según estimaciones del comité de la Cámara encargado de su redacción, **el tiempo mínimo de convivencia que puede ordenar un juez sobre la base de esta legislación representa el 42% de cada periodo anual**, a reserva de distribuciones aún más equitativas impuestas por el juez o previstas en el acuerdo suscrito por los padres. Otro aspecto digno de mención es que el Código prevé que el comienzo y el final de los periodos de convivencia alterna coincidan con los horarios escolares, de forma que los padres depositen y recojan a los niños en el colegio o la guardería, evitándose con ello las ficciones o la simple frialdad de trato en presencia de los niños y favoreciendo la participación de ambos padres en la vida escolar.

- 1) la concesión de la custodia exclusiva a una parte;
- 2) la concesión de la custodia conjunta a una parte; y
- 3) los términos y condiciones de la custodia y responsabilidad y del acceso al niño.

§ 153.013 Falsas acusaciones de maltrato infantil

a) Si una parte en un procedimiento relativo a la relación entre padres e hijos realiza, en el curso del procedimiento, una acusación de maltrato infantil contra la otra parte, a sabiendas de que su acusación carece de fundamento, el tribunal considerará la acusación como deliberadamente falsa.

b) Las pruebas de falsas acusaciones de maltrato infantil son admisibles en un procedimiento entre las partes interesadas a efectos de las condiciones de la custodia del niño.

§ 153.071 Establecimiento por el tribunal de los derechos y deberes de un progenitor designado como progenitor custodio

Si se concede a ambos padres la custodia del niño, el tribunal especificará los derechos y deberes que han de ejercer:

- 1) cada progenitor por separado;
- 2) ambos progenitores por mutuo acuerdo; y
- 3) exclusivamente uno de ellos.

§ 153.131 Presunción en el nombramiento de progenitor custodio

b) **Existe la presunción de derecho de que el nombramiento de ambos padres para ejercer la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño.** La constatación de antecedentes de violencia familiar por parte de los padres de un niño anula la presunción prevista en esta subsección.

§ 153.251 Política y aplicación general de directrices

b) Es política de este estado fomentar el contacto frecuente entre un hijo y cada uno de sus padres durante períodos de responsabilidad que permitan desarrollar al máximo una relación estrecha y continua entre cada uno de los padres y el niño.

*****Texto original:** <http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa0015300.html#top>

ALABAMA

(*Code of Alabama, 1975, Acts 1996, N° 96-520*; en vigor desde el 1 de enero de 1997)

§ 30-3-150. Política de estado

Custodia conjunta.- Es política de este estado asegurar que los niños menores de edad tengan un contacto frecuente y continuo con los padres que hayan mostrado capacidad para actuar según el mejor interés de sus hijos, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Por "custodia conjunta" no se entenderá necesariamente "custodia física en porcentajes iguales".

§ 30-3-151. Definiciones

A los fines del presente artículo, se tendrán en cuenta las definiciones siguientes:

1) **Custodia conjunta: comprende la custodia legal conjunta y la custodia física conjunta.**

2) Custodia legal conjunta: ambos padres tienen idénticos derechos y responsabilidades para la adopción de las decisiones importantes relativas al niño, como por ejemplo la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa. El tribunal podrá atribuir determinadas facultades decisorias a un solo progenitor, al tiempo que ambos padres conservan la igualdad de derechos y responsabilidades respecto de otras decisiones.

3) Custodia física conjunta. Los padres comparten la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto frecuente y sustancial con cada uno de ellos. La custodia física conjunta no significa necesariamente que los períodos de custodia física tengan idéntica duración.

4) Custodia legal exclusiva. [...]

5) Custodia física exclusiva. [...]

§ 30-3-152. Consideraciones de los tribunales; factores que se tendrán en cuenta.

a) El tribunal considerará en cada caso la atribución de la custodia conjunta, pero podrá otorgar cualquier forma de custodia en función del mejor interés del niño. [...]

b) El tribunal podrá ordenar una forma de custodia conjunta sin consentimiento de ambos padres cuando considere que el mejor interés del niño lo requiere.

c) Si ambos padres solicitado la custodia conjunta, se da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño.

§ 30-3-153. Plan de los padres.

a) Para poner en práctica la custodia conjunta, el tribunal requerida a los padres para que presenten, como parte de su acuerdo, disposiciones sobre las cuestiones relativas al cuidado y la custodia del niño [...]

***Texto original: <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/22063.htm>

MICHIGAN

[*Child Custody Act*]

722.26a Custodia conjunta

Sec. 6a. 1) En los litigios entre padres en relación con la custodia, **se recomendará a los padres la adopción de la custodia conjunta**. Si cualquiera de los padres lo solicita, el tribunal examinará la concesión de la custodia conjunta, y expondrá en su sentencia las razones para otorgar o denegar la solicitud. [...]

2) Si los padres están de acuerdo respecto de la custodia conjunta, el tribunal concederá la custodia conjunta, a menos que determine en su sentencia, sobre la base de pruebas claras y convincentes, que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

3) Si concede la custodia conjunta, el tribunal podrá incluir en su dictamen una declaración respecto del tiempo de residencia del niño con cada uno de los padres, o podrá establecer que los dos progenitores compartan la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto continuo con ambos.

7) A los efectos del presente artículo, **se entenderá por "custodia conjunta"** 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.

***Texto original: <http://www.aaaalegalcenter.com/Joint.htm>

Informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso (*Special Joint Committee on Custody and Access*) del Parlamento del Canadá (1998)

El informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso del Parlamento del Canadá, titulado "**Por el bien de los niños**" (For the sake of children), es, casi con toda seguridad, la iniciativa parlamentaria de mayor envergadura que se ha llevado a cabo en relación con la custodia compartida, y sus resultados parecían destinados a renovar por completo el régimen de divorcio canadiense, pero chocó con la oposición política de una ministra de Justicia convencida de que "la custodia compartida sólo serviría para perpetuar la influencia y la dominación de los hombres sobre las mujeres."

Las recomendaciones del Comité, formuladas tras una larga y exhaustiva labor de investigación, podrían resumirse en las siguientes conclusiones básicas:

- Los padres divorciados y sus hijos tienen derecho a una relación recíproca estrecha y continua.
- La legislación deberá modificarse de tal modo que en el divorcio no sea posible la existencia de una "parte ganadora" y una "parte perdedora"; igualmente deberán sustituirse los conceptos de "custodia" y "acceso" por una nueva definición de "coparentalidad" que prevea la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos progenitores tras el divorcio.
- La corta edad del niño no debe ser excusa para limitar su contacto con ninguno de sus progenitores.
- Deberá darse prioridad a los planes o convenios de coparentalidad presentados por ambos padres y fomentarse su utilización, si es necesario mediante el recurso a la mediación familiar.
- En casos de desacuerdo, la mediación familiar deberá ser obligatoria.
- El interés del niño exige un contacto directo y asiduo con ambos progenitores tras el divorcio.
- No deberá otorgarse preferencia a ninguno de los progenitores por razón de su sexo.

Aunque, por interposición del Gobierno, esta extraordinaria iniciativa no se ha plasmado aún en los cambios legislativos que exigiría la coherencia parlamentaria con el mandato asignado al Comité ("determinar si es necesario un enfoque de las políticas y prácticas del derecho de familia más orientado hacia el niño y cuya prioridad sea la responsabilización conjunta de ambos padres"), su valor sociológico merece que nos detengamos en su estudio y en la lectura atenta de sus conclusiones.

INFORME DEL COMITÉ MIXTO ESPECIAL SOBRE CUSTODIA Y ACCESO (*SPECIAL JOINT COMMITTEE ON CUSTODY AND ACCESS*) DEL PARLAMENTO DEL CANADÁ, 1998³

ANTECEDENTES, CONTEXTO Y DESARROLLO

En octubre de 1997, por iniciativa de la senadora **Anne Cools**⁴, secundada por otros representantes, el Parlamento canadiense estableció el **Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso** (*Special Joint Committee on Custody and Access*), compuesto por 23 miembros del Senado y de la Cámara de los Comunes del Canadá (aunque en sus tareas llegaron a participar unos 70 parlamentarios más⁵). La misión del Comité era examinar las cuestiones relacionadas con la custodia y el régimen de visitas tras la separación y el divorcio y determinar si era necesario un enfoque del derecho de familia más orientado hacia el interés del niño.

Durante el año siguiente, el Comité, presidido por el senador Roger Gallaway⁶, celebró 525 audiencias públicas, en las que comparecieron una multitud de expertos y representantes de los distintos colectivos afectados (asociaciones de mujeres, asociaciones de hombres, médicos, psicólogos, investigadores, abogados, jueces, padres y madres, niños, etc.)⁷ y estudió una gran cantidad de informes presentados por diversas organizaciones y entidades⁸, así como por particulares⁹. Para ello, el Comité se dividió en dos subcomités (A y B) que se desplazaron sucesivamente por las distintas regiones del país.

Como resultado de los trabajos e investigaciones llevados a cabo durante ese año, en diciembre de 1998, el Comité presentó al Parlamento el informe titulado *For the sake of Children* ("Por el bien de los niños"), cuya piedra angular era el nuevo concepto de **coparentalidad** (*shared*

³ Dirección en Internet:

<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-e.htm> (en inglés)

<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-f.htm> (en francés)

⁴ **Anne Cools** es senadora por designación desde 1984, año en que el primer ministro Pierre Trudeau la convirtió en el primer miembro del Parlamento de raza negra de la historia del Canadá (en el sistema parlamentario canadiense, los 105 miembros de la Cámara Alta son nombrados por el Gobernador General a propuesta del Primer Ministro). El nombramiento de Anne Cools ocupó las cabeceras de los periódicos y fue aplaudido por los grupos feministas. En 1974, Anne Cools había fundado *Women in Transition*, uno de los primeros centros de acogida para mujeres maltratadas del Canadá, y siempre fue considerada como una autoridad en materia de violencia doméstica. Lo que en modo alguno fue obstáculo para que años más tarde comenzase a preocuparse por la frecuente violación de los derechos del niño y del padre en los casos de divorcio y a distanciarse de los postulados feministas. "Detrás de cada marido maltratador hay una madre maltratadora", llegó a afirmar en 1995 con ocasión del Día Internacional de la Mujer. ¿Cómo pasó Anne Cools de defensora de las mujeres maltratadas a antifeminista declarada? La Sra. Cools explica que su postura no ha variado en absoluto, sino que es el movimiento feminista el que ha cambiado: "Las feministas radicales han secuestrado el programa. Consideran que los hombres encarnan el mal, y nada las detendrá hasta imponer la superioridad de la mujer." También ha llevado al Parlamento su lucha contra la utilización de las falsas denuncias en los casos de divorcio como estrategia para obtener la custodia e imponer el alejamiento del padre, "un terrible y pernicioso corazón de la oscuridad que ha cobrado cuerpo en nuestro sistema judicial", según sus propias palabras en el Senado canadiense (<http://sen.parl.gc.ca/acools/cool00/17feb00.htm>). (La página web oficial de la senadora Anne Cools puede consultarse en <http://sen.parl.gc.ca/acools/>).

⁵ La lista completa puede consultarse en las páginas preliminares del informe:

<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/05-mem-e.htm>

⁶ Parlamentario liberal canadiense. Ha obtenido escaño en las elecciones de 1993, 1997 y 2000. Su sitio web puede consultarse en: <http://www.rogergallaway.on.ca/index3.htm>

⁷ La lista de declarantes puede verse en

<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/23-app1-e.htm>

⁸ Véase <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/24-app2-e.htm>

⁹ Véase <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/25-app3-e.htm>

parenting), en virtud del cual se reconoce a ambos padres el derecho legal a participar en la crianza y educación de sus hijos tras el divorcio.

En mayo de 1999, la Ministra de Justicia, Anne McLellan, anunció que necesitaría tres años más para "estudiar" las recomendaciones del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso y "mantener consultas" con las provincias y los territorios canadienses antes de introducir ningún cambio en la Ley de Divorcio. A tal efecto, encargó la distribución de formularios destinados a conocer la opinión de políticos, especialistas en derecho de familia y otras "partes interesadas" de todo el país, y aplazó cualquier decisión relativa a la modificación de la Ley de Divorcio para mayo de 2002.¹⁰

Esta actitud gubernamental provocó la indignación y las protestas generalizadas del Presidente del Comité (Roger Gallaway), de la senadora Anne Cools y de las asociaciones y grupos de defensa de la coparentalidad y de los derechos de hijos y padres en todo el país. Aún es posible consultar en Internet los editoriales indignados de algunos periódicos canadienses, como por ejemplo el publicado por el *National Post* el 20 de agosto de 2001 denunciando la maniobra la Ministra de Justicia y los altos funcionarios de su departamento para dejar sin efecto el informe. En ese editorial, el diario canadiense afirma poseer documentos que prueban que, incluso antes del que el Comité hiciese públicos los resultados de sus trabajos, la Ministra y sus colaboradores tenían ya previsto un "plan de comunicaciones" en tres fases, destinado a "enterrar el informe".¹¹

El Sr. Gallaway afirmó que las consultas emprendidas por la Ministra de Justicia eran "una afrenta para el Parlamento". Según las propias palabras de Roger Gallaway y Anne Cools, la medida de la ministra McLellan es improcedente, tanto desde el punto de vista jurídico ("la Ley de Divorcio no es en absoluto una jurisdicción compartida, sino exclusivamente federal") como político:

"En 1999, la ministra respondió al informe *For the Sake of Children*, elaborado por Comité Mixto Especial en 1998 y cuya recomendación básica es la coparentalidad, nueva expresión utilizada para designar la custodia compartida. En su respuesta, la ministra aplazó durante tres años cualquier decisión legislativa basada en las recomendaciones, es decir, hasta mayo de 2002.

Es insólito que un miembro del Gabinete asuma un compromiso ministerial cuya duración se extiende más allá de la legislatura. Sin embargo, la Sra. McLellan aplazó su compromiso de intervención legislativas hasta una fecha posterior a las elecciones generales, desentendiéndose del bienestar de los hijos de divorciados y privándolos de la adecuada protección legislativa. Cinco años para una acción ministerial es un largo plazo, en particular en la vida de un niño.

El punto de vista de la ministra se pone mejor de manifiesto a través de sus propias e injustificables palabras, escritas cuando aún era profesora de derecho, en un documento para el Consejo Asesor de Alberta sobre Cuestiones de la Mujer titulado 'La Mujer y el Proceso de Reforma Constitucional'. En ese documento, la Sra. McLellan escribió que: 'un número cada vez mayor de analistas sugieren que la custodia compartida sólo serviría para perpetuar la influencia y la dominación de los hombres sobre las mujeres.'

¹⁰ La respuesta del Gobierno puede consultarse en <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/cca/sjcarp02.html>

¹¹ "Justice obstruction 2", *National Post*, 20 de agosto de 2001, editorial recuperado en diversas direcciones de Internet, entre ellas: <http://fact.on.ca/news/news0108/np010820.htm>.

Los niños del Canadá sabrán pronto si cinco años de retrasos disfrazados de consultas y estudios darán por resultado un cambio en la postura de la ministra."¹²

Efectivamente, los temores de los parlamentarios Gallaway y Cools resultaron sobradamente fundamentados. El nuevo ministro de Justicia, Sr. Martin Cauchon, que heredó de su predecesora la promesa de anunciar cambios legislativos al término de esos cinco años de estudios, consultas, informes y audiencias públicas, comunicó en febrero de 2002 que "no estaba seguro" de que la introducción de modificaciones en la Ley de Divorcio redundase en beneficio de los niños. Por su parte, las asociaciones de padres separados han puesto en marcha una campaña para emprender una acción judicial colectiva contra el Gobierno que, previsiblemente, será suscrita por varios miles de padres.¹³

Durante ese tiempo, los grupos feministas habían presionado enérgicamente para que la legislación sobre divorcio se mantuviese sin cambios. Su argumento fundamental consistió en que "la concesión automática de la custodia compartida no es realista ya que puede ser perjudicial para las mujeres y los niños inmersos en situaciones de violencia doméstica.", como denunció el *National Post* el 18 de febrero de 2002. Sin embargo, como señaló ese mismo diario, las modificaciones propuestas preveían la posibilidad de denegar la custodia compartida en los casos de abusos o negligencias por parte de los progenitores y en modo alguno establecían la obligatoriedad del contacto entre víctimas y maltratadores.¹⁴ Una vez más, se recurría hipócritamente al argumento del maltrato infantil (por lo demás, perpetrado mayoritariamente por las madres, como han demostrado numerosos estudios). La meta de una postura así -añadía el rotativo al día siguiente- no puede ser el interés del niño, "sino dar prioridad a una ideología destructiva".

Por último, en agosto de 2002, el ministro Martin Cauchon anunció que el Gobierno se disponía a emprender la reforma de la ley del divorcio a fin de modificar sus disposiciones en materia de custodia y acceso.¹⁵

MANDATO Y LABOR DEL COMITÉ

La necesidad de crear el Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso se planteó en 1996, con motivo de las modificaciones introducidas en la Ley de Divorcio. Durante el estudio del proyecto de ley, los parlamentarios tuvieron ocasión de oír multitud de testimonios desgarradores de padres arbitrariamente separados de sus hijos. Fue entonces cuando un grupo de senadores, liderados por la Sra. Anne Cools, lanzaron la iniciativa de crear un Comité Mixto, integrado por parlamentarios de diversos partidos y de ambas cámaras.¹⁶

En el mandato recibido por el Comité figuraban los siguientes objetivos:

"Que se designe un Comité Mixto Especial del Senado y la Cámara de los Comunes para examinar y analizar las cuestiones relacionadas con la custodia y el régimen de visitas tras la separación y el divorcio y, en particular, para determinar si es necesario un enfoque de las políticas y prácticas del derecho de

¹² The Ottawa Citizen, 28 de julio de 2001, *Letter to the Editor*, de Anne Cools y Roger Gallaway (<http://www.sen.parl.gc.ca/acools/news01/OttCitizen%20July%2028.htm>).

¹³ National Post, 29 de abril de 2002 (*Justice Minister ready to drop custody reform*: <http://www.nationalpost.com/home/story.html?f=/stories/20020429/63912.html>)

¹⁴ (*Fair play for daddies*, National Post, 18 de febrero de 2002). Puede consultarse en: <http://fact.on.ca/news/news0202/np020219.htm>.

¹⁵ National Post, 13 de agosto de 2002 (*Divorce law to be less adversarial*, por Janice Tibbetts). O también: <http://www.fotf.ca/familyfacts/tfn/2002/081302.html>

¹⁶ La composición del Comité puede consultarse en: <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/05-mem-e.htm>

familia más orientado hacia el niño y cuya prioridad sea la responsabilización conjunta de ambos padres y unas modalidades de parentalidad más centradas en el niño y basadas en sus necesidades y mejores intereses."

El Comité trató de dar cabida en sus audiencias al mayor número posible de interesados de las más diversas procedencias, desde profesores universitarios con extensas investigaciones y publicaciones a sus espaldas hasta simples afiliados de asociaciones de padres o de mujeres. Para ello se desplazó y celebró audiencias en las principales ciudades canadienses: Vancouver, Edmonton, Calgary, Regina, Winnipeg, Toronto, Montréal, Fredericton, Charlottetown, Halifax, St. John's, y Ottawa.

RECOMENDACIONES DEL COMITÉ MIXTO ESPECIAL SOBRE CUSTODIA Y ACCESO¹⁷

[Habida cuenta de la extensión de las 48 recomendaciones formuladas por el Comité, omitiremos las que se refieran específicamente a peculiaridades del ordenamiento jurídico canadiense y, en consecuencia, carezcan de interés para otros países y las que consideremos reiterativas o de menor trascendencia.]

1. *Este Comité recomienda que la Ley de Divorcio se modifique para dar cabida a un Preámbulo en que se haga referencia a los principios pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Pág. 23).*

2. *Este Comité reconoce que las relaciones de los padres con sus hijos no finalizan con la separación o el divorcio y, en consecuencia, recomienda que la Ley de Divorcio se modifique para añadir un Preámbulo que contenga el principio de que los padres divorciados y sus hijos tienen derecho a una relación recíproca estrecha y continua (pág. 23).*

3. *Este Comité, reconociendo el principio de interés superior del niño, recomienda:*

- *que los niños sean oídos cuando se adopten decisiones en materia de responsabilidad parental que les afecten;*
- *que los niños cuyos padres estén en trámites de divorcio tengan ocasión de expresar sus puntos de vista a un profesional competente cuya función sea transmitir esos puntos de vista al juez, evaluador o mediador encargado de determinar con facilitar las modalidades de reparto de las responsabilidades parentales;*
- *que un niño que experimente dificultades a causa de la separación o de divorcio de sus padres, el tribunal tenga la posibilidad de designar a una tercera parte interesada (por ejemplo, un miembro de la familia extensa del niño) para defender sus intereses y representarlo;*
- *que el gobierno federal colabore con las provincias y los territorios para asegurar la disponibilidad de estructuras, procedimientos y recursos suficientes que permitan llevar a cabo esa consulta, con independencia de que las decisiones se adopten en virtud de la Ley de Divorcio o de la legislación provincial; y*
- *el Comité reconoce que los hijos de separados necesitan protección judicial y tienen derecho a ella, según las competencias respectivas de los tribunales (pág. 23)..*

¹⁷ Pueden consultarse en:

<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/10-rec-e.htm> (inglés)

<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02/10-rec-f.htm> (francés)

4. *El Comité recomienda que, cuando el tribunal considere que el interés superior del niño lo exige, los jueces puedan designar un abogado que se encargue de representar al niño. Cuando se designe al abogado, éste se pondrá a disposición del niño (pág. 24).*
5. *Este Comité recomienda que los términos "custodia y acceso" dejen de utilizarse en la ley de divorcio y que, en cambio, el significado de ambos términos se integre e incluya en el nuevo término "coparentalidad", que se considerará que contiene todos los significados, derechos, obligaciones e interpretaciones de derecho común y legal incluidos anteriormente en los términos "custodia y acceso" (pág. 27).*
6. *Este Comité recomienda que la ley de divorcio se modifique para suprimir la definición de "custodia" y añadir una definición de "coparentalidad" que refleje el significado atribuido a esa expresión por este Comité (pág. 28)*
7. *Este Comité recomienda que el gobierno federal colabore con los gobiernos provinciales y territoriales para modificar en el mismo sentido la terminología de sus leyes de familia (pág. 28).*
8. *Este Comité recomienda que el principio consuetudinario de la "corta edad" se rechace como pauta para la adopción de decisiones acerca de las [parentalidad] responsabilidades parentales (pág. 28).*
9. *Este Comité recomienda que ambos padres reciban información y datos respecto del desarrollo y las actividades sociales del niño, como por ejemplo calificaciones escolares, historiales clínicos y otra información pertinente. La obligación de facilitar la información deberá extenderse a las escuelas, los centros médicos, los hospitales y otras instituciones en que se origine tal información o tales datos, así como a ambos padres, salvo disposición judicial en contrario (pág. 28).*
10. *Este Comité recomienda que todos los padres que soliciten sentencias de responsabilidad parental, a menos que exista acuerdo entre ellos sobre los términos de tales sentencias, participen obligatoriamente en un programa educativo que les ayude a tomar conciencia de las reacciones de padres de hijos tras la separación, las necesidades del desarrollo de los hijos en las diferentes edades, los beneficios de la cooperación entre los padres tras el divorcio, los derechos-responsabilidades de los padres y la disponibilidad y las ventajas de la mediación y de otras formas de solución de conflictos, siempre que tales servicios existan. Los progenitores deberán presentar un certificado de asistencia a tal programa de educación posterior a la separación como condición para reanudar el proceso de solicitud de una sentencia de responsabilidad parental. No estarán obligados a asistir juntos a las sesiones educativas (pág. 30).*
11. *Este Comité recomienda que se inste a los padres que se divorcien a elaborar, por sí mismos o con ayuda de un mediador capacitado o a través de alguna forma de resolución alternativa de conflictos, un plan de responsabilidad parental en que se establezca con detalle las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta a la residencia, el cuidado, la toma de decisiones y la seguridad económica de los hijos, así como los procedimientos de resolución de conflictos que utilizarán las partes. Los planes de responsabilidad parental preverán también el intercambio entre los padres de la información sanitaria, educativa o de otro tipo relacionada con el desarrollo y las actividades sociales de los hijos. Todas las sentencias de responsabilidad parental deberán expresarse en forma de planes de responsabilidad parental (pág. 32).*
12. *Este Comité recomienda que se reconozca la importancia de las relaciones de los abuelos, hermanos y otros miembros de la familia extensa con los hijos, y que en los planes de*

responsabilidad parental se incluyan disposiciones para el mantenimiento y el fomento de tales relaciones, siempre que redunden en beneficio de los hijos (pág. 32).

13. *Este Comité recomienda que el Ministro de Justicia procure que se modifique la Ley de Divorcio con objeto de obligar a las partes que soliciten una sentencia judicial de responsabilidad parental a presentar al tribunal un plan de responsabilidad parental (pág. 32).*

14. *Este Comité recomienda que se inste a los padres que se divorcien a asistir, como mínimo, a una sesión de mediación que les ayude a elaborar plan de responsabilidad parental para sus hijos. Habida cuenta del impacto de la violencia familiar en los hijos, la mediación y los demás métodos no conflictivos de adopción de decisiones deberán estructurarse para detectar e identificar la violencia familiar. Cuando en una familia existan antecedentes claros de violencia de un progenitor hacia el otro o hacia los niños, no deberán utilizarse otros mecanismos de resolución de conflictos para elaborar planes de coparentalidad hasta que no se haya garantizado la seguridad de la víctima y eliminado el riesgo de violencia. En tal caso, los planes de coparentalidad deberán prestar atención a las responsabilidades de ambos padres respecto de los hijos y prever medidas concretas para garantizar la seguridad y la protección de padres de hijos (pág. 35).*

15. *Este Comité recomienda que las determinaciones de coparentalidad [...] se basen en el "mejor interés del niño" (pág. 44)*

16. *El Comité recomienda que los responsables de adoptar decisiones, en particular los padres y los jueces, tengan en cuenta una lista de criterios para determinar el mejor interés del niño, y que en esa lista se incluyan:*

- 16.1 *La fuerza, naturaleza y estabilidad relativas de la relación entre el niño y cada una de las personas con derecho a solicitar una sentencia de responsabilidad parental respecto del niño;*
- 16.2 *La fuerza, naturaleza y estabilidad relativas de la relación entre el niño y otros miembros de su familia que residan con él, así como de las personas que participen en su cuidado y crianza;*
- 16.3 *La opinión del niño, cuando tal opinión pueda conocerse con razonable certeza;*
- 16.4 *La capacidad y buena disposición de cada solicitante para proporcionar al niño orientación y educación, atender sus necesidades ordinarias u otras necesidades especiales;*
- 16.5 *Los lazos culturales y religiosos del niño;*
- 16.6 *La importancia y los beneficios de la coparentalidad para el niño, así como de la participación activa de ambos padres en su vida tras la separación;*
- 16.7 *La importancia de la relación entre el niño y sus hermanos, abuelos y otros miembros de la familia extensa;*
- 16.8 *Los planes de responsabilidad parental propuestos por los padres;*
- 16.9 *La capacidad del niño para adaptarse a los planes de responsabilidad parental propuestos;*

- 16.10 *La voluntad y capacidad de cada una de las partes para facilitar y fomentar una relación estrecha y constante entre el niño y el otro progenitor;*
- 16.11 *Los antecedentes demostrados de violencia familiar perpetrada por cualquiera de las partes que soliciten una sentencia de responsabilidad parental;*
- 16.12 *No se otorgará preferencia a ninguno de los padres basándose únicamente en su sexo;*
- 16.13 *Se tendrá en cuenta la buena disposición mostrada por cada progenitor para asistir a la sesión de educación obligatoria; y*
- 16.14 *El tribunal tendrá en cuenta cualquier otro factor que considere de interés en un conflicto de coparentalidad (pág. 45).*

17. *Este Comité recomienda que se modifique la Ley de Divorcio de forma que las partes en el procedimiento iniciado con arreglo a esa Ley puedan optar por cualquiera de las lenguas oficiales del Canadá para tramitar el procedimiento (pág. 51).*

18. *[...] este Comité recomienda que el Ministro de Justicia emprenda lo antes posible una revisión exhaustiva de las Directrices [Federales sobre Pensiones Alimenticias] a fin de que reflejen la igualdad entre los sexos y el derecho del niño a la asistencia económica de ambos padres y presten especial atención a los siguientes aspectos adicionales planteados por este Comité:*

- 18.1 *La incorporación [...] de los nuevos conceptos y términos propuestos por este Comité;*
- 18.2 *El impacto del actual trato fiscal de las pensiones alimenticias [...] en la capacidad de los padres para atender otras obligaciones económicas, tales como el mantenimiento de los hijos de segundas o posteriores relaciones;*
- 18.3 *La conveniencia de tener en cuenta los ingresos o la capacidad económica de ambos padres para fijar la cuantía de las pensiones alimenticias, incluida la norma del 40% para determinar si el acuerdo de responsabilidad parental es una medida de "coparentalidad";*
- 18.4 *Reconocimiento de los gastos que debe cubrir el progenitor pagador de pensiones mientras tiene a su cargo a los hijos;*
- 18.5 *Reconocimiento de los gastos adicionales resultantes para un progenitor a raíz del cambio de residencia del otro progenitor y los hijos;*

19. *Este Comité recomienda que el Gobierno Federal prepare [...] una respuesta coordinada a los incumplimientos de las sentencias de responsabilidad parental, que contenga tanto elementos terapéuticos como punitivos. Entre las medidas previstas deberán figurar la pronta intervención, los programas de educación parental, una política de recuperación del tiempo de convivencia, asesoramiento para las familias con conflictos sobre el desempeño de las funciones parentales, servicios de mediación y, en los casos persistentes y difíciles de tratar, soluciones punitivas para los progenitores que incumplan injustificadamente las sentencias de responsabilidad parental (pág. 55).*

25. *Este Comité recomienda que, en la medida de lo posible, los gobiernos provinciales y territoriales, los colegios de abogados y los secretarios judiciales colaboren para dar prioridad*

a las solicitudes de coparentalidad, por encima de cualesquiera otros aspectos del derecho de familia en litigio (pág. 64).

30. *Este Comité recomienda que la Ley de Divorcio se modifique para exigir a) que el progenitor que desee cambiar de residencia acompañado de sus hijos, en caso de que la distancia requiere la modificación de las disposiciones sobre responsabilidad parental mutuamente acordadas o impuestas por los tribunales, solicite autorización judicial con una antelación mínima de 90 días antes de la mudanza prevista, y b) que se avise al mismo tiempo al otro progenitor (pág. 70)*

39. *Este Comité recomienda que el apartamiento unilateral de un niño del hogar familiar sin la adopción de disposiciones adecuadas para que se mantenga el contacto entre el niño y el otro progenitor se reconozca como contraria al mejor interés del niño, excepto en situación de emergencia (pág. 84).*

40. *Este Comité recomienda que no se permita que el progenitor que haya alejado unilateralmente al niño utilice el periodo resultante en que el niño ha estado a su cargo y control exclusivos, con independencia de su duración, como base para obtener una sentencia de responsabilidad parental exclusiva (pág. 84).*

43. *Este Comité recomienda que, en lo que respecta a las acusaciones intencionadamente falsas de maltrato o abandono, el Gobierno Federal examine la validez del Código Penal para hacer frente a las falsas denuncias en litigios de familia y desarrolle políticas para impulsar la adopción de medidas en los casos claros de agravio, obstrucción de la justicia o perjurio (pág. 90).*

44. *Este Comité recomienda que el Gobierno Federal colabore con las provincias y territorios para animar a los organismos de protección de la infancia a emprender investigaciones sobre las acusaciones de maltrato realizadas en el contexto de conflictos sobre la responsabilidad parental, a fin de establecer una base estadística para entender mejor ese problema (pág. 93).*

A falta de una versión de la legislación sueca sobre divorcio y custodia en alguno de los idiomas más generalmente conocidos, presentamos la traducción de varios textos divulgativos publicados en inglés por el Ministerio de Justicia y por el Consejo Nacional de Salud y Bienestar Social de Suecia con objeto de informar a los extranjeros residentes en Suecia acerca de las peculiaridades de su legislación sobre esas materias.

"CUSTODIA, RESIDENCIA Y CONTACTO"
[*Custody, residence and contact*]¹⁸

Ministerio de Justicia de Suecia

"El 1 de octubre de 1998 se modificaron las disposiciones del Código de los Niños y los Padres relativas a la custodia y al contacto. El objetivo de la modificación fue subrayar la importancia de lograr soluciones por mutuo acuerdo y facilitar esos aspectos a los padres. Otro objetivo consistió en facilitar una mayor aplicación de la custodia compartida e insistir en el principio del mejor interés del niño.

El mejor interés del niño

[...] En el Código de los Niños y los Padres se ha introducido a una nueva disposición que establece que **el mejor interés del niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier decisión relacionada con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres**. Esta disposición indica más claramente que las anteriormente vigentes que el mejor interés del niño ha de ser siempre la base de cualquier decisión. En virtud de esa nueva disposición, la reglamentación de las cuestiones relativas a la custodia, la residencia y el contacto se vinculan más estrechamente a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Custodia compartida

Uno de los objetivos de las modificaciones ha sido facilitar la aplicación más frecuente de la custodia compartida.

Si uno de los padres desea transferir la custodia, el tribunal decide al respecto de conformidad con el mejor interés del niño. El tribunal puede tomar una decisión sobre la custodia compartida o rechazar la disolución de esa custodia compartida, incluso aunque uno de los padres se oponga a ese régimen de custodia. [...] El objetivo de la modificación es que el tribunal podrá siempre dictaminar a favor del mejor interés del niño. [...]

Residencia del niño

Si los padres tienen la custodia compartida, el tribunal podrá decidir dónde vivirá el niño. La decisión puede significar que el niño vivirá con uno de los padres o, de modo alternativo, con ambos. El mejor interés del niño será la consideración decisiva en la decisión del tribunal.

Si los padres están de acuerdo, podrán suscribir un acuerdo sobre la residencia del niño. Para que sea legalmente válido, el acuerdo deberá establecerse por escrito, llevar la firma de ambos

¹⁸ Ficha descriptiva del Ministerio de Justicia de Suecia, diciembre de 1998) (en inglés). Puede consultarse en: http://justitie.regeringen.se/pressinfo/pdf/ju98_02e.pdf

padres y ser aprobado por el Comité de Bienestar Social [órgano municipal]. Este comité deberá aprobar el acuerdo si sus términos coinciden con el mejor interés del niño.

Contacto

El niño tiene derecho al contacto directo con el progenitor no residente. La razón fundamental de ese contacto es el bienestar del niño. Los intereses y necesidades del niño han de ser la consideración fundamental. El punto de partida deberá ser el principio de que el contacto con ambos padres es importante para el niño tras la separación. Ambos progenitores, y desde luego también el progenitor no residente, tienen la responsabilidad de velar por que se atienda la necesidad de contacto del niño.

Si los padres están de acuerdo, podrán suscribir un acuerdo sobre el contacto. Para que sea legalmente válido, el acuerdo deberá establecerse por escrito, llevar la firma de ambos padres y ser aprobado por el Comité de Bienestar Social. Este Comité deberá aprobar el acuerdo si sus términos coinciden con el mejor interés del niño.

Derecho a la deducción de gastos

Cuando el niño esté viviendo con un progenitor obligado a pagar pensión alimenticia, ese progenitor incurrirá en determinados gastos por el cuidado del niño, aparte de la pensión alimenticia que ha de pagar. Simultáneamente, el otro progenitor verá reducidos los gastos habituales del niño. En consecuencia, si un progenitor obligado a pagar pensión alimenticia tiene consigo a su hijo(a) durante un periodo no inferior a cinco días consecutivos con sus noches, o no inferior a seis días con sus noches en el espacio de un mes, podrá realizar la deducción correspondiente de la pensión alimenticia que haya de pagar. [...]

Gastos de desplazamiento

Cuando el niño ha de mantener contacto con un progenitor que vive en otra localidad suelen generarse gastos especiales. En la actualidad, el progenitor con quien vive el niño (progenitor residente) deberá cofinanciar los gastos de desplazamiento ocasionados por la necesidad del niño de contacto con el otro progenitor. La cantidad que ese progenitor pague se determinará según se considere razonable en función de su capacidad financiera y de las circunstancias generales de ambos padres. [...]



"DIVORCIARSE CUANDO SE TIENEN HIJOS"
[*Getting divorced when you have children*]¹⁹

Consejo Nacional de Salud y Bienestar (*Socialstyrelsen*) de Suecia

"¿Custodia compartida o exclusiva?"

Con arreglo a la legislación sueca, la responsabilidad parental conjunta (custodia compartida) es el punto de partida natural.

La custodia compartida significa que ambos padres son responsables de atender las necesidades

¹⁹ Folleto divulgativo del Consejo Nacional de Salud y Bienestar (*Socialstyrelsen*) de Suecia (en inglés). Puede consultarse en: <http://www.sos.se/FULLTEXT/0000-008/0000-008.htm>

y derechos del niño. A medida que el niño crece y se desarrolla, los padres han de tener progresivamente en cuenta sus opiniones y deseos. Si los padres ejercen la custodia compartida, han de adoptar juntos las decisiones que afecten a la persona del niño. Los padres que se separan han de decidir conjuntamente con quien debe vivir el niño y de qué forma ha de compartir su tiempo con el otro progenitor.

Aunque la custodia compartida no significa que el niño haya de pasar la misma cantidad de tiempo con ambos padres, ésta es una opción, si conviene al niño y a los padres. Las normas sobre custodia compartida se han establecido principalmente para proteger la necesidad del niño de mantener un contacto estrecho y satisfactorio con ambos padres, con independencia de que éstos vivan juntos o no.

Padres que están o han estado casados.

Los padres que están casados tienen la custodia compartida de su hijo. Si los padres se casan después de haber nacido el niño, obtienen automáticamente la custodia compartida de ese niño, siempre que la paternidad se haya establecido o confirmado legalmente.

La custodia compartida continúa si los padres se divorcian. En caso de que los padres prefieran que sólo uno de ellos tenga la custodia del niño, pueden adoptar esa decisión ante el Consejo de Bienestar Social, **a condición de que ambos estén de acuerdo**. El Consejo de Bienestar Social aprobará tal acuerdo si se presenta por escrito y coincide con el mejor interés del niño.

Otra posibilidad es que los padres soliciten conjuntamente al Tribunal de Distrito que conceda la custodia exclusiva a uno de ellos. El Tribunal de Distrito puede conceder la custodia del niño a ese padre o mantener el sistema de custodia compartida. El factor decisivo es el bienestar del niño, pero el Tribunal de Distrito no puede imponer la custodia compartida contra los deseos de ambos padres.

En caso de desacuerdo entre los padres, uno de ellos puede presentar su solicitud al Tribunal de Distrito. Si se trata de poner fin a la custodia compartida y ambos padres han llegado a un acuerdo sobre cuál de ellos tendrán la custodia exclusiva, el tribunal decidirá, en general, de acuerdo con los deseos de los padres, sin más indagaciones. Sin embargo, siempre se envía una petición al Consejo de Bienestar Social para asegurar que no existen objeciones a la solicitud de los padres. Asimismo, el Tribunal de Distrito puede decidir también independientemente oponerse o no a la custodia compartida, aún cuando los padres no lo hayan solicitado. Esto puede ocurrir conjuntamente con el divorcio si es evidente que la custodia compartida no coincide con el interés del niño. Los padres que deseen poner fin a la custodia compartida al divorciarse, pueden recuperar esa custodia compartida mediante un acuerdo, que habrá de aprobar el Consejo de Bienestar Social, o por sentencia judicial. Si los padres están de acuerdo acerca de la custodia compartida, el Consejo de Bienestar Social o el Tribunal han de decidir de conformidad con los deseos de los padres, a menos que la custodia compartida sea claramente incompatible con el mejor interés del niño. Si los padres disienten acerca de la custodia compartida, el tribunal decidirá de conformidad con el mejor interés del niño.

Padres no casados

Si los padres no están casados al nacer el niño, la madre obtiene la custodia exclusiva.

Los padres que deseen tener la custodia compartida de su hijo han de informar al Consejo de Bienestar Social y, al mismo tiempo, confirmar la paternidad. Todos los padres pueden hacerlo, con independencia de su nacionalidad. Si los padres desean obtener la custodia compartida en fecha posterior, pueden solicitarla conjuntamente a la Autoridad Fiscal en que el niño esté registrado. Sin embargo, un requisito para la solicitud es que ambos padres y el niño sean ciudadanos suecos y que la custodia no haya sido establecida previamente por un tribunal o

mediante un acuerdo aprobado por el Consejo de Bienestar Social.

¿Con quién debe vivir el niño?

Corresponde a los padres decidir con quien debe vivir el niño. Son los padres quienes se separan: el niño no se separa de ninguno de ellos y, por lo tanto, tampoco ha de renunciar a la presencia de ninguno de ellos.

A los niños puede resultarles difícil decir lo que realmente desean si creen que uno de sus padres se sentirá rechazado, defraudado o abandonado. Los niños son leales y se sienten muy responsables del bienestar de sus padres. Cuando esos padres están completamente de acuerdo, los niños se atreven a decir con quien desean vivir, ya que no tienen el sentimiento de estar abandonando o decepcionando a uno de sus padres al decir lo que piensan.

Los padres que ejercen la custodia compartida y están de acuerdo con ello pueden obtener asistencia de los servicios sociales (en materia de derecho de familia) para redactar un acuerdo respecto de la residencia del niño. El Consejo de Bienestar Social ha de aprobar el acuerdo, si se ha presentado por escrito y representa el mejor interés del niño. Tal acuerdo tiene la misma validez que una decisión judicial, lo que significa, entre otras cosas, que es ejecutorio. Si los padres lo prefieren, o si no están de acuerdo, pueden pedir al tribunal que decida con quien debe vivir el niño.

La residencia alterna puede funcionar bien para algunos niños, sobre todo los niños en edad escolar más pequeños, que suelen tener un profundo sentido de la equidad. En cambio, es frecuente que los adolescentes encuentren incómodo trasladarse con sus pertenencias. Su preferencia se basa en sus propias necesidades, es decir, la proximidad al colegio, a los amigos y a las actividades recreativas.

Si ustedes optan por la residencia alterna, recuerden que lo hacen en beneficio del niño, no por razones de justicia hacia los padres. Para que tal tipo de solución funcione, es necesario que los padres estén de acuerdo y se respeten. La residencia alterna exige a los padres capacidad para cooperar y generosidad recíproca. [...]

Es necesario que los niños pasen tiempo con el otro progenitor

Los niños necesitan a ambos padres, necesitan el amor de su madre y de su padre, sentirse orgullosos de ambos e identificarse con ellos. También necesitan su amor, interés, alegría y aprecio, así como ayuda para establecer sus límites. Es importante que los niños tengan el contacto más estrecho posible con ambos padres, con independencia de que estos no estén ya juntos, e incluso convivan con otra persona. Los estudios han demostrado que la situación ideal para los niños es el contacto frecuente con el progenitor con quien no residen.

Cuando se trata de niños muy pequeños, es especialmente importante aplicar el principio de los contactos "breves, pero frecuentes" con el progenitor no residente. Ellos permite al niño mantener el recuerdo del otro progenitor entre los sucesivos encuentros, mientras que las separaciones del progenitor no residente le resultan más fáciles si son breves. También es importante que los niños pasen tiempo con sus abuelos y otras personas significativas en sus vidas. [...]



CUSTODIA DE LOS HIJOS [*Custody of Children*]²⁰

Ministerio de Justicia de Suecia

Custodia compartida

Si ambos padres tienen la custodia del niño, suele decirse que tienen la custodia compartida. En consecuencia, tienen la responsabilidad legal conjunta del niño y adoptan conjuntamente las decisiones relativas a la vida del niño. La custodia compartida no significa que el niño tenga que vivir con cada padre aproximadamente la misma cantidad de tiempo (residencia alterna). Los padres decidirán conjuntamente con quien vive el niño o, si no llegan a un acuerdo, lo decidirá el tribunal. [...]

Quién tiene la custodia cuando nace el niño

Si los padres están casados al nacer el niño, ambos obtienen automáticamente su custodia compartida. Si los padres se casan y más adelante, automáticamente obtienen la custodia compartida como resultado del matrimonio. Si los padres se divorcian, la custodia compartida continúa, y no es necesario que el tribunal adopte ninguna decisión al respecto al disolver el divorcio. Sin embargo, el tribunal podrá examinar la cuestión de la custodia si uno de los padres desea introducir un cambio. Asimismo, el tribunal podrá disolver la custodia compartida si es claramente incompatible con el mejor interés del niño.

Si los padres no están casados al nacer el niño, la madre obtiene automáticamente su custodia. [...] Los padres no casados pueden obtener la custodia compartida mediante una notificación conjunta por escrito dirigida al Comité de Bienestar Social, acompañada de un documento de reconocimiento de paternidad aprobado por el comité.

Acuerdos de custodia

Si los padres están de acuerdo, podrán resolver por sí mismos la cuestión de la custodia mediante un acuerdo. Para que el acuerdo tenga validez, ha de ser aprobado por el Comité de Bienestar Social.

Los padres pueden acordar que la custodia sea conjunta o que uno de ellos tenga la custodia del niño. El acuerdo ha de presentarse por escrito y llevar la firma de ambos padres. El Comité de Bienestar Social del municipio en que esté empadronado el niño examinará el acuerdo, al que ha de dar su aprobación, a menos que no coincida con el mejor interés del niño o -en caso de custodia compartida- sea manifiestamente incompatible con ese mejor interés.

Un acuerdo aprobado puede modificarse mediante un nuevo acuerdo establecido entre los padres y aprobado por el Comité de Bienestar Social o en virtud de decisión judicial.

El municipio tiene la responsabilidad de velar por que los padres que lo deseen establezcan un acuerdo. Pero son los padres quienes deciden si desean utilizar la ayuda ofrecida por el municipio. También es posible establecer un acuerdo sobre contacto y residencia.

Determinación de la custodia

Las normas sobre la custodia se basan en el principio de que el niño necesita mantener

²⁰ Ficha descriptiva del Ministerio de Justicia de Suecia, mayo de 2000 (en inglés). Puede consultarse en: <http://justitie.regeringen.se/pressinfo/pdf/FaktaCustody.pdf>

relaciones estrechas y positivas con ambos padres cuando éstos se separan. Asimismo, las normas parten del supuesto de que ninguno de los padres es más idóneo que el otro para obtener la custodia simplemente en razón de su sexo.

Al adoptar decisiones relativas a la custodia, la consideración fundamental ha de ser el mejor interés del niño. La determinación de ese mejor interés se basará en un análisis completo de las circunstancias de cada caso. Sin embargo, la ley establece que, al determinar la custodia, deberán tenerse en cuenta determinados circunstancias:

- Al determinar qué es lo mejor para el niño, se prestará especial atención a la necesidad del niño de contacto estrecho y adecuado con ambos padres. Por consiguiente, en los casos en que la custodia se confíe a uno de los padres, el criterio para la determinación consistirá –salvo circunstancias que aconsejen otra cosa- en que se otorgará la custodia al progenitor que, en principio, favorezca mejor el contacto estrecho y adecuado entre el niño y el otro progenitor.
- Asimismo, se tendrá en cuenta el riesgo de que el niño esté expuesto a abusos, secuestro o retención ilegal u otras formas de maltrato.
- También se tendrán en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.
