

SECCIÓN 4

LA CUSTODIA COMPARTIDA

REDUCE LAS TASAS DE DIVORCIO

Una de las principales contradicciones en que han incurrido, casi sin excepción, los Estados occidentales al hacer suyos los postulados favorables a la custodia exclusiva ha sido la de adoptar un modelo de relaciones familiares que incentiva el divorcio y que es, a todas luces, incompatible con las políticas estatales de protección de la familia.

En esta sección presentamos los resúmenes de tres estudios que demuestran empíricamente que la custodia exclusiva, al favorecer desmesuradamente los intereses de una de las partes, constituye un aliciente para que esa parte solicite el divorcio en situaciones conyugales que, de no mediar esa perspectiva de apropiación de todos los “activos” conseguidos durante el matrimonio, se resolverían de otro modo.

Es evidente que esa política oficial a favor de la custodia exclusiva no se ajusta como debiera al principio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos según el cual “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 16.3) ni al mandato constitucional del Estado de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia” (artículo 39.1).

POLÍTICAS DE CUSTODIA INFANTIL Y TASAS DE DIVORCIO
(*Child Custody Policies and Divorce Rates*)¹

Autores: **Richard Kuhn** (Children's Rights Council, Washington, D.C.) y **John Guidubaldi**, D.Ed., (John Carroll University (Cleveland, OH) y Kent State University (Kent, OH))

En este documento se comparan las tendencias de las tasas de divorcio de los Estados Unidos en los estados que fomentan la custodia física conjunta y los estados que favorecen la custodia exclusiva. Los estados con altos niveles de custodia física conjunta (superiores al 30 por ciento) en 1989 y 1990 presentaron descensos significativamente mayores de las tasas de divorcio durante los años siguientes analizados, hasta 1995, en comparación con los demás estados. Las tasas de divorcio descendieron a un ritmo casi cuatro veces más rápido en los estados con altos niveles de custodia física conjunta, en comparación con los estados en que la custodia física conjunta fue rara. Como resultado, los estados con altos niveles de custodia física conjunta muestran ahora tasas de divorcio significativamente inferiores, como promedio, a las de los demás estados. Los estados que, en esas fechas, favorecían la custodia exclusiva también mostraron un mayor número de divorcios en que estaba en litigio la custodia de los niños. Estas constataciones indican que las políticas públicas que fomentan la custodia exclusiva pueden contribuir a aumentar las tasas de divorcio.

Para la realización del estudio se utilizaron datos publicados en 1995 por el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias (National Center for Health Statistics, NCHS). Esos datos se refieren a los porcentajes de sentencias de custodia física conjunta o custodia exclusiva dictadas por los tribunales en los años 1989 y 1990 en 19 estados, entendiéndose por custodia física conjunta, a efectos del estudio, una distribución del tiempo de convivencia nunca inferior al 30 por ciento con uno de los padres. En función de esos porcentajes se establecieron tres categorías de estados, según sus niveles de custodia física conjunta: alto medio y bajo. En la categoría alta se incluyó a los estados siguientes, cuyos porcentajes de custodia física conjunta llegaban a superar el 50% en ocasiones:

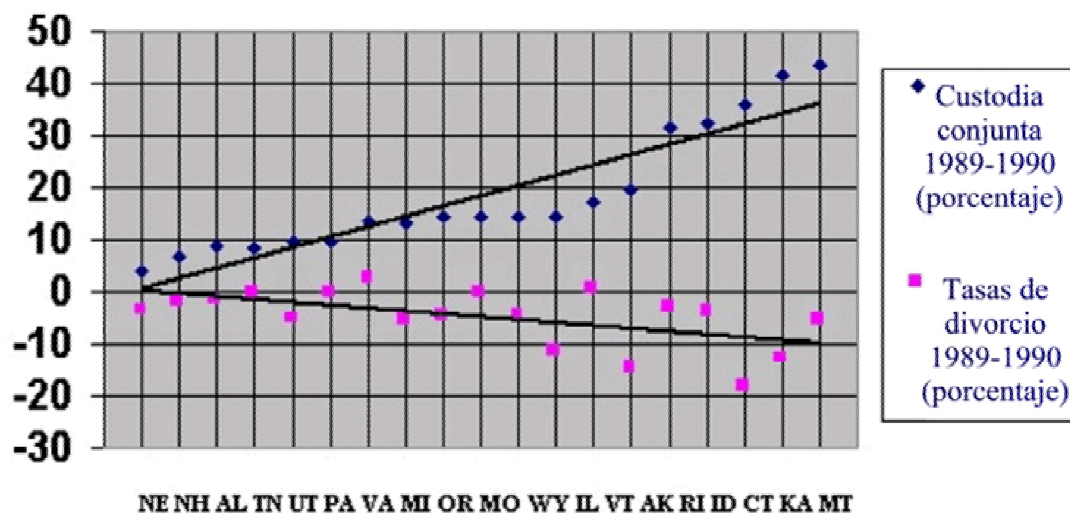
Estado	Custodia al padre (1989/1990)	Custodia a la madre (1989/1990)	Custodia conjunta (1989/1990)
Montana	8,1/8,4	47,8/46,4	43,3/44,0
Kansas	7,8/6,8	50,1/47,2	39,5/43,6
Connecticut	5,3/5,3	58,7/58,1	35,8/36,4
Idaho	9,8/10,4	57,9/55,3	31,9/33,2
Rhode Island	No disponible/5,4	No disponible/62,2	No disponible/31,7

Estos estados con altos niveles de custodia conjunta presentaban cuatro años más tarde tasas de divorcio significativamente más bajas. Como promedio, los estados con mayores niveles de custodia conjunta mostraron una reducción de las tasas de divorcio dos veces más elevada que los estados con niveles medios de custodia conjunta. Porcentualmente, entre 1989 y 1994, la tasa en el grupo de estados con altos niveles de custodia conjunta descendió en un 8%, en los estados con un nivel medio de custodia descendió en un 4 por ciento, y en los estados con un nivel bajo de custodia descendió en menos del 1 por ciento.

¹ Documento presentado en la 11ª Conferencia Anual del Consejo de los Derechos del Niño (Children's Rights Council), octubre de 1997. Washington, D.C. Puede consultarse en: <http://www.vix.com/crc/sp/spcrc97.htm>

El siguiente gráfico muestra la divergencia de los índices de custodia conjunta y las tasas de divorcio:

Figura 1. Sentencias de custodia conjunta y evolución de las tasas de divorcio en la muestra de 19 estados



Los autores examinan también la correlación entre las tasas de matrimonio y las tasas de divorcio en esos estados: en efecto, si aumentan las tasas de matrimonio, es previsible un aumento de las tasas de divorcio en años posteriores, y viceversa. Ponderados los resultados con arreglo a ese factor, los autores concluyen que, por el contrario, los estados con menores índices de custodia conjunta experimentan un mayor descenso correlativo de las tasas de matrimonio. Así pues, la explicación de esa relación inversa entre porcentajes de custodia conjunta y tasas de divorcio hay que buscarla en factores sociales y económicos.

Tras el análisis minucioso de los datos relativos a las tasas de divorcio, los porcentajes de custodia y el porcentaje de divorcios en que la custodia está en litigio, los autores concluyen que la generalización de la custodia física conjunta contribuirá a reducir las tasas de divorcio, y que en los estados que fomentan la custodia conjunta, las tasas de divorcio descienden a un ritmo mucho más rápido que en los estados que favorecen la custodia exclusiva. Asimismo, consideran que existen factores sociales y económicos que pueden explicar esa diferencia entre las tasas de divorcio. La custodia exclusiva permite a uno de los cónyuges reubicarse con rapidez y hacer daño al otro al arrebatarse los hijos. Asimismo, los pagos de pensiones alimenticias, potencialmente más elevados en los regímenes de custodia exclusiva pueden constituir una motivación económica para el divorcio. En cambio, si uno de los padres se plantea la posibilidad de solicitar el divorcio, y el abogado le advierte que el juez no va a permitirle mudarse a otro lugar con los niños y que el otro padre va a seguir presente en la vida de los menores a todos los efectos, tal vez decida que es más fácil tratar de arreglar los problemas y permanecer casados.

Los Estados cuyas políticas den por resultado mayores niveles de custodia conjunta deben prever, por lo tanto, una reducción de sus tasas de divorcio.

Los resultados de este estudio así lo demuestran.

CUSTODIA CONJUNTA: TEORÍAS DE LA VINCULACIÓN AFECTIVA Y DEL CONTROL
(*Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories*)²

Autores: **Margaret F. Brinig**³ y **F.H. Buckley**

En este estudio, los autores constatan la correlación existente entre custodia compartida y menores tasas de divorcio, especialmente en función de dos factores. Con arreglo al primero de ellos, es más probable que entre el padre y los hijos se establezcan vínculos más sólidos si saben que sus relaciones estarán protegidas por la custodia compartida física en caso de divorcio. La solidez de esos vínculos reducirá la probabilidad de que el padre inicie el divorcio. Es lo que los autores denominan "teoría de la vinculación afectiva" (*bonding theory*). Por otra parte, la custodia compartida resuelve el problema de las retenciones económicas del progenitor no custodio, incapaz de controlar el uso real del dinero destinado a su hijo, y permite a ambos progenitores el mismo nivel de acceso y responsabilidad. Es lo que Brinig y Buckley llaman la "teoría del control" (*monitoring theory*).

Los autores verifican ambas teorías de la custodia conjunta mediante análisis de regresión. En primer lugar, aplican el análisis de regresión a los niveles de divorcio en función de la custodia conjunta y los predictores socioeconómicos, y constatan que las leyes sobre custodia conjunta guardan una significativa correlación con tasas de divorcio más bajas, de acuerdo con las teorías de la vinculación. Posteriormente, aplican el análisis de regresión a los coeficientes de pago de pensiones alimenticias en función de los predictores legales y socioeconómicos, y concluyen que las legislaciones sobre custodia conjunta guardan una correlación significativa con coeficientes más altos de pagos de pensiones alimenticias, de conformidad con la teoría del control. Esos resultados se confirman mediante diversas estimaciones técnicas y la introducción de distintas variables independientes.

Los autores advierten que se requieren más investigaciones al respecto y que, en todo caso, sus conclusiones no deben confundirse con una defensa a ultranza de la reducción de las tasas de divorcio, ya que "la reducción de los niveles de divorcio puede no ser benigna si las esposas permanecen en relaciones abusivas para no perder parte de la custodia de sus hijos en un régimen de custodia conjunta, lo que también apunta a la necesidad de más investigaciones empíricas".⁴

En definitiva, las dos principales conclusiones obtenidas por los autores en sus análisis estadísticos podrían resumirse del modo siguiente:

- una variable de custodia conjunta constituye un predictor significativo y negativo de divorcio, y
- una variable de custodia conjunta constituye un predictor significativo y positivo de pagos de pensiones.

Y concluyen:

"Nuestra hipótesis es que el cambio hacia la custodia conjunta reducirá las tasas de divorcio. Los padres reaccionarán al cambio que se introduzca en la ley con mil actos cotidianos que reforzarán sus vínculos familiares. Y como consecuencia, estarán menos dispuestos a separarse. La reducción de las tasas de divorcio redundará, sin duda, en el mejor interés de los hijos".

² Puede consultarse en: http://www.law.indiana.edu/ilj/v73/no2/brinig.html#N_1

³ Profesora en la Universidad de Iowa. Su página universitaria puede consultarse en: <http://www.uiowa.edu/~mfblaw/>

⁴ Esta frase, basada en el presupuesto de la esposa como víctima potencial de violencia doméstica, en contra de los abrumadores datos de todos los estudios objetivos sobre violencia doméstica, que demuestran la bidireccionalidad del maltrato, debería bastar para convencernos de que, en ningún caso, cabe atribuir los resultados de este estudio a prejuicios de género.

ESTAS BOTAS SON PARA CAMINAR: POR QUÉ LAS ESPOSAS SOLICITAN EL DIVORCIO

("These Boots are Made for Walking: Why Wives File for Divorce")⁵

Autores: Margaret F. Brinig⁶ y Douglas W. Allen⁷

Los autores analizan este estudio la distribución de los "activos" matrimoniales tras el divorcio y llegan a la conclusión de que **el reparto de beneficios entre el hombre y la mujer es asimétrico, y esa asimetría actúa como un incentivo que favorece un aumento de las tasas de divorcio**. Los resultados se basan fundamentalmente en los datos obtenidos de todos los certificados de divorcio correspondientes a 1995 (**más de 46.000 casos**) en los estados de Connecticut, Virginia, Oregon y Montana.

Según atestiguan esos datos, las mujeres interponen más demandas de divorcio que los hombres y, además, provocan o promueven la separación con más frecuencia que los hombres, a pesar de su profundo apego a los hijos y de los indicios de que, con frecuencia, los divorcios resultan perjudiciales para éstos. En apoyo de esta conclusión, citan asimismo los resultados de la Encuesta Nacional de Familias y Hogares (*National Survey of Families and Households*) de 1987-88 y 1992-94, en la que se solicitó a los encuestados su percepción de la iniciación del divorcio en los términos siguientes:

"Pregunta: A veces ambos cónyuges desean por igual poner fin al matrimonio; otras veces, uno de ellos lo desea con mayor intensidad que el otro. Marque con un círculo la respuesta que mejor describa lo que ocurrió en su caso".

Respuestas	Porcentajes	
	Mujeres	Hombres
1. Yo deseaba divorciarme, pero mi cónyuge no	27,2	9,6
2. Yo deseaba el divorcio más que mi cónyuge	19,4	10,0
3. Ambos deseábamos el divorcio	17,8	28,1
4. Mi cónyuge deseaba el divorcio más que yo	9,0	16,2
5. Mi cónyuge deseaba el divorcio, pero yo no	9,5	20,3
6. Respuesta en blanco o no válida	17,1	15,8

Entre los distintos "activos" en litigio en caso de divorcio, el más importante es el relativo a la custodia. La introducción de cambios en la legislación sobre custodia será, por tanto, el factor que más influencia tenga en el planteamiento del divorcio. A ese respecto los autores concluyen:

"En particular, esos cambios [legales] podrían tomar la forma de una presunción de custodia conjunta o una norma que permitiese que la situación posterior del divorcio reflejase lo más posible la distribución de tiempos [de contacto con los hijos] previa a la separación, reservándose la custodia exclusiva únicamente para los casos en que una de las partes pudiese demostrar la falta de idoneidad de la otra. Una norma sobre custodia adecuada reducirá el incentivo de una de las partes a solicitar el divorcio con la finalidad de obtener el control unilateral de los hijos y, en la medida en que ambos

⁵ Documento presentado en la *Canadian Law and Economics Association Meeting*, 1998. Puede consultarse en: <http://www.lapresrupture.qc.ca/why%20women%20ask%20divorce.pdf>

⁶ Profesora en la Universidad de Iowa. Página web: <http://www.uiowa.edu/~mfblaw/>

⁷ Profesor en la Universidad "Simon Fraser". Página web: <http://www.sfu.ca/~allen/research.html>

padres se relacionen a través del régimen de visitas y de las pensiones alimenticias, del otro progenitor."

A la pregunta "¿qué tipo de problema determina la mayor parte de los divorcios?", los autores responden con un análisis empírico de las demandas de divorcio y llegan a la conclusión de que, cuando nos hallamos ante "comportamientos relacionados con el aprovechamiento, la apropiación y la custodia, los modelos relativos a la custodia son los más importantes."

Brinig y Allen concluyen que los resultados de su estudio confirman la hipótesis de que la demanda de divorcio se basa en el propio interés, y que las personas solicitan especialmente el divorcio cuando tienen la seguridad de apropiarse de un mayor volumen de "activos" del matrimonio. Es cierto que, en algunos casos, los divorcios pueden producirse porque uno de los cónyuges siente que el otro ha infringido alguna de las normas básicas del matrimonio, como por ejemplo en caso de crueldad o malos tratos. Sin embargo, ese tipo de alegaciones sobre crueldad representan sólo el 6 por ciento de todas las demandas de divorcio en Virginia.

"Hemos comprobado que la obtención de la custodia de los hijos es, con mucho, el factor más importante para decidir quién interpone la demanda de divorcio, sobre todo cuando el litigio es menor en lo que respecta a los bienes materiales."

Según el cálculo estadístico realizado por los autores, la previsión de la obtención de la custodia aumenta las probabilidades de que el favorecido solicite el divorcio en las proporciones siguientes:

- Caso hipotético 1. Casados hace 20 años, cuando él tenía 26 y ella 19. Tres hijos. En caso de divorcio, el marido obtendrá la custodia. La formación académica del marido supera en 7 años a la de la mujer. Probabilidad de que la mujer solicite el divorcio = .095. Sin embargo, si es la mujer la que va a obtener la custodia, la probabilidad de que solicite el divorcio = .69. **Es decir, cuando la previsión de obtención de la custodia pasa del marido a la mujer, las probabilidades de que la mujer solicite el divorcio se multiplican por 7.**
- Caso hipotético 2. Casados hace 5 años, cuando ambos tenían 26. Dos hijos. En caso de divorcio, la mujer obtendrá la custodia. La formación académica de la mujer supera en 3 años a la del marido. Probabilidad de que la mujer solicite el divorcio = .79. Sin embargo, si es el marido el que va a obtener la custodia, la probabilidad de que la mujer solicite el divorcio desciende a .32. **Es decir, cuando la previsión de obtención de la custodia pasa de la mujer al marido, las probabilidades de que la mujer solicite el divorcio se dividen por 2,4.**

Y los autores concluyen:

"Debido a que el factor custodia es, con mucho, el más importante, los reformadores de las leyes de familia tal vez deban concentrarse en la formulación de normas sobre custodia que modifiquen el saldo de beneficios resultante para cada cónyuge."

En definitiva, Brinig y Allen preconizan normas sobre custodia que reproduzcan en la medida de lo posible los modelos existentes en el matrimonio, otorgando a cada cónyuge una función significativa tras el divorcio, en lugar de aplicar criterios como los de "preferencia materna" o "cuidador primario", que se plasman en una situación en que "el ganador se queda con todo". Una norma basada en la presunción de custodia conjunta o proporciones similares de participación en la vida de los hijos no sólo favorecería el reparto de responsabilidades en la crianza de los niños, sino una mayor igualdad de oportunidades en la vida laboral, concluyen los autores.