

El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta

Margarita Garriga Gorina

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

En este trabajo se analiza y se propone un criterio de atribución de la guarda de los hijos en casos de crisis familiar que parte de la idea de la continuidad de las relaciones paterno filiales tras la ruptura entre los progenitores. Se trata del approximation standard, propuesto por el American Law Institute en los Principles of the Law of Family Dissolution, que consiste en atribuir la guarda a cada uno de los progenitores en la medida de su dedicación histórica a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura.

This paper analyzes and proposes a standard for the attribution of physical custody of children in family crisis situation. It is the approximation standard proposed by the American Law Institute in the Principles of the Law of Family Dissolution, according to which custody is allocated to each parent on the basis of their past parental roles. It promotes the continuity of parent-child relationship once parents cease to living together.

Title: *Continuity as an alternative to joint physical custody: the approximation standard*

Keywords: joint custody, parental responsibility, divorce

Palabras clave: guarda conjunta, patria potestad, divorcio

Sumario

1. Planteamiento
2. Guarda conjunta: su lugar en el sistema
3. La tesis del *approximation standard*
 - 3.1. Descripción
 - 3.2. Ventajas
 - 3.2. Inconvenientes
4. Apunte final
5. Bibliografía

1. Planteamiento

El debate sobre la atribución de la guarda de los hijos en situaciones de crisis familiar versa hoy sobre el lugar que la guarda conjunta ha de tener en el sistema: si ha de ser la fórmula que hay que aplicar en ausencia de pacto entre los progenitores, como se propone en el art. 233-10 del Anteproyecto de Codi Civil de Catalunya de 2008¹, o si debe configurarse como una solución excepcional, tal y como establece el art. 92 del Código Civil. En este trabajo se propone otro criterio de atribución de la guarda, que parte de la idea de la continuidad de las relaciones paterno filiales tras la ruptura entre los progenitores, que ha propuesto el American Law Institute en los *Principles of the Law of Family Dissolution*². El legislador catalán ha incorporado esta idea en el Anteproyecto, si bien no como criterio de atribución de la guarda, sino como una de las circunstancias que el Juez habrá de tener en cuenta para su asignación.

2. Guarda conjunta: su lugar en el sistema³

La atribución de la guarda en exclusiva a uno de los progenitores es hoy el modelo principal en el Código Civil que, desde 2005, permite a los progenitores acordar la guarda conjunta, acuerdo que el Juez deberá aprobar salvo si es dañoso para los hijos⁴. A falta de pacto, el Juez puede imponerla si una de las partes lo solicita, el Ministerio Fiscal informa favorablemente y el Juez valora que sólo con la guarda conjunta se protege adecuadamente el interés del menor.

Art. 92

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

El Anteproyecto de *Codi Civil de Catalunya*, en cambio, configura la guarda conjunta como régimen que el juez debe acordar con carácter preferente a falta de acuerdo de los progenitores, salvo que valore que la guarda individual es más adecuada de acuerdo con el interés de los hijos.

Article 233-10. Règim de guarda

¹ El Anteproyecto de Libro II fue aprobado por el pleno del Observatori de Dret Privat el 17 de marzo de 2008.

² AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution*, Newark, NJ, Lexis Nexis, 2002.

³ La falta de previsión legal no ha impedido a los tribunales españoles optar por la guarda conjunta, desde finales de los años 90, si bien con carácter excepcional.

⁴ Redacción de 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio. Véase, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008) y GARCÍA RUBIO OTERO CRESPO (2006).

1. La guarda dels fills s'atribueix en la forma convinguda pels cònjuges en el pla de parentalitat, llevat que resulti perjudicial per als fills.
2. En defecte d'acord o si aquest no és aprovat, l'autoritat judicial, havent escoltat el ministeri fiscal, decideix sobre el règim de guarda.
3. L'autoritat judicial atribueix preferentment la guarda amb caràcter compartit, llevat que la guarda individual sigui més adient d'acord amb l'interès dels fills.

Este mismo documento fija una serie de circunstancias y criterios que el Juez ha de tener en cuenta para resolver sobre el régimen de guarda, entre los cuales el tiempo que cada uno de los progenitores dedicó a los hijos antes de la ruptura (art. 233-10.4 (d))⁵.

La propuesta de una regulación que favorezca que los progenitores que no conviven compartan los tiempos de convivencia con los hijos es coherente con la afirmación según la cual la mejor solución para los hijos es mantener relaciones con ambos progenitores y también con el ideal de alcanzar soluciones que sean justas en términos de relación entre los progenitores. Además, a nivel simbólico, la preferencia por la guarda conjunta demuestra el compromiso del Estado con la promoción de la participación de hombres y mujeres en el cuidado de la descendencia. Pero el objetivo de las iniciativas de reforma en esta materia es también incidir en la realidad actual en que la guarda se atribuye de forma mayoritaria a las madres, pues existe la percepción de que ello no encaja con la mayor implicación de los hombres en las tareas de cuidado de los hijos ni refleja los cambios que se han producido en la organización de las familias por efecto de la mayor tasa de actividad laboral femenina⁶.

El origen de este hecho no ha de buscarse, sin embargo, en la regulación legal, sino que hay que tener presente que la evolución hacia roles familiares indiferenciados entre hombre y mujer se ha producido en muy pequeña medida⁷.

⁵ Junto a criterios tradicionales como el de no separar a los hermanos o el de tener en cuenta la opinión de los hijos, se atiende a factores prácticos como la ubicación de los domicilios de los progenitores y los horarios y actividades de padres e hijos, la vinculación afectiva del hijo con cada uno de los progenitores y su entorno y también a la disposición de cada uno de los progenitores para lograr un clima de cooperación en la gestión de los intereses de los hijos. A ello se añade la consideración de los pactos de los progenitores en previsión de una ruptura, anteriores al procedimiento.

⁶ La misma realidad se observa en otros países de Europa, con sistemas diversos de atribución de la guarda en caso de crisis familiar, en que los porcentajes de convivencia con las madres son: Inglaterra y Gales un 80% en 2004; Alemania, un 85% en 2004; Italia, un 85.5% en 2004; Suecia, un 83% en 2002 y Croacia, un 82.9% en 2001. RESĘTAR, EMERY (2008, p. 74). Los autores de este trabajo concluyen: "*Despite changing views of mothers' and fathers' roles in child rearing, and some changes in practice, evidence indicates that, in marriage, women carry out the majority of child-rearing tasks. At their most benign, these statistics suggest that this pattern largely continues, following a separation*". Respecto de otros países, los porcentajes de convivencia con la madre son parecidos: así en Noruega, un 82% en 2004 (SKJØRTEN, BARLINDHAUG (2007, p. 376)); en Francia, un 77% en 2005 (Ministerio de Justicia, 2006); en Austria, un 90 % en 2004 (ATTENEDER, HALLA (2007)), y en Finlandia, un 85% en 1999 (KURKI-SUONIO (2000, p. 196)).

⁷ Un estudio realizado con base en la Encuesta de Empleo del Tiempo 2002-03 del INE, que analiza las diferencias en el uso del tiempo para 15 países europeos, pone de manifiesto que el diferente reparto del tiempo entre sexos presenta rasgos comunes en todos los países de la UE estudiados, lo cual, según las conclusiones del estudio, indica que las desigualdades de género superan la influencia de las diferencias culturales y económicas: "Es decir, el género es un factor más determinante de los distintos usos del tiempo que las idiosincrasias nacionales o

El cuidado de la casa y de los hijos sigue estando mayoritariamente cargo de las mujeres, que en 2006 dedicaban diariamente al trabajo doméstico una media de 5 horas y 59 minutos, mientras que los hombres empleaban en ello 2 horas y 20 minutos. La diferencia entre la participación de unas y otros ha disminuido en 33 minutos respecto a la de 2001⁸. Si se observa concretamente el cuidado de la familia, que es una de las actividades incluidas en el concepto trabajo doméstico, se constata que las mujeres siguen dedicando a ello casi el doble del tiempo que los hombres (ellas, 1 hora y 14 minutos; ellos, 38 minutos), aunque, respecto de 2001, el tiempo dedicado al cuidado de la familia ha disminuido para ambos⁹. Las diferencias de género en el reparto de estas tareas no se alteran sustancialmente en el caso de que las mujeres trabajen también fuera del hogar¹⁰.

El porcentaje de mujeres que tienen un trabajo remunerado sigue siendo inferior al de los hombres, aunque en los últimos diez años las tasas de actividad y empleo de las mujeres han crecido más que las de los hombres. Así, mientras que en 1997 había 6.589.000 mujeres activas y 4.753.900 ocupadas, en 2007, había 9.528.100 activas y 8.479.800 ocupadas. Además, del total de personas inactivas que no buscan empleo por motivo de cuidar de niños o adultos enfermos, discapacitados o mayores, un 97 % eran mujeres en 2007¹¹.

Por otro lado, ellas trabajan a tiempo parcial en mayor número que ellos, de forma que en el cuarto trimestre de 2007, del total de personas ocupadas a tiempo parcial, un 80,4% eran mujeres y ello representa un 22,6% del total de mujeres ocupadas. De éstas, una tercera parte eligió este tipo de jornada para atender obligaciones familiares, motivo que justificó esta opción sólo para un 3,8% de los hombres¹². Si se observa la incidencia de la presencia de hijos en la actividad laboral de cada uno de los progenitores, los datos de 2006 muestran que en un 38,9% de las parejas con hijos, ambos trabajaban a tiempo completo, en un 15,2% trabajaba el hombre a tiempo completo y la mujer a tiempo parcial y en un 37,5% el hombre lo hacía a tiempo completo y la mujer no trabajaba. En contraste, sólo en un 0,7% de las parejas con hijos trabajaba la mujer a tiempo completo y el hombre a tiempo parcial y en un 2,6% la mujer lo hacía a tiempo completo y el hombre no trabajaba¹³.

Finalmente, las madres siguen disfrutando casi en exclusiva de las excedencias por cuidado de hijos (un 94 % en 2007), porcentaje que tiende a disminuir, aunque de forma muy lenta (un 96% en 2000)¹⁴.

En este contexto de roles familiares marcados todavía por el género, establecer una norma en defecto de pacto que no se corresponde con el estilo de vida y la división del trabajo de la mayor

regionales, los distintos niveles de PIB per capita alcanzados por estos espacios, o las diferencias institucionales". DOMÍNGUEZ SERRANO, GÁLVEZ MUÑOZ, RODRÍGUEZ MODROÑO (2007, p. 12). Para otro análisis de los datos de la Encuesta de Empleo del Tiempo, véase FERNÁNDEZ, SEVILLA-SANZ (2006). Sobre esta realidad reflexiona GORIENA, en relación con la introducción de la guarda compartida en el Código Civil español en 2005, GORIENA LEKUE (2007, p. 96).

⁸ DE LA FUENTE SÁNCHEZ (2007).

⁹ DE LA FUENTE SÁNCHEZ (2007).

¹⁰ DOMÍNGUEZ, p. 12.

¹¹ "Estadísticas sobre conciliación de la vida laboral y familiar". Instituto de la Mujer, Madrid 2008 (http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/empleo/conciliacion_vida.htm).

¹² "Mujeres y hombres en España 2008", Instituto Nacional de Estadística e Instituto de la Mujer, Madrid 2008 (<http://www.ine.es/prodyser/pubweb/myh/myh.htm>).

¹³ "Mujeres y hombres en España 2008".

¹⁴ "Estadísticas sobre conciliación de la vida laboral y familiar".

parte de las familias puede provocar dificultades para aquellas en las cuales antes de la crisis no se compartían las tareas de cuidado de los hijos, pues no sirve a los objetivos de continuidad y estabilidad y además genera riesgos de inestabilidad: requiere una reestructuración de los roles de los progenitores, que se ven abocados a realizar tareas a las que no están habituados y a sacrificar otros objetivos, especialmente los profesionales.

Por otra parte, puesto que el criterio de guarda conjunta no refleja las preferencias de los progenitores, puede provocar un desequilibrio en el poder de negociación de las partes: atribuir a ambos una participación igual en las tareas de guarda de los hijos supone, probablemente, dar a uno de ellos más de lo que quiere y al otro, menos.

3. *La tesis del approximation standard*

3.1. Descripción

Es un criterio de atribución de la guarda de los hijos en casos de crisis matrimonial o de pareja que consiste en atribuir la a cada uno de los progenitores en la medida de su dedicación histórica a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura.

El criterio fue propuesto por Elizabeth S. Scott en 1992¹⁵ y es el que acogió el American Law Institute en los *Principles of the Law of Family Dissolution*, como fórmula a adoptar por el Juez a falta de acuerdo entre los progenitores.

§2.08 Atribución de la custodia

- (1) En ausencia de acuerdo de los progenitores, el tribunal debe atribuir a cada uno de ellos la custodia de forma que la proporción de tiempo asignado a cada progenitor se aproxime a la que cada uno de ellos dedicaba al cuidado del hijo antes de la separación¹⁶.

La regla prevé la posibilidad de apartarse del estándar con la finalidad de atender a objetivos tales como proteger a los hijos en casos de violencia doméstica, preservar las relaciones entre hermanos, atender a los deseos de los hijos, evitar soluciones poco prácticas o que puedan resultar perjudiciales para los hijos y asegurar un mínimo de tiempo para la relación entre el hijo y cada uno de los progenitores. En definitiva, ello ha de permitir al juez tener en cuenta situaciones particulares o cambios sustanciales en las circunstancias familiares que puedan indicar la conveniencia de no aplicar estrictamente el estándar¹⁷.

¹⁵ SCOTT (1992, 615).

¹⁶ §2.08 *Allocation of Custodial Responsibility*

Unless otherwise resolved by agreement of the parents, the court should allocate custodial responsibility so that the proportion of custodial time the child spends with each parent approximates the proportion of time each parent spent performing caretaking functions for the child prior to the parents' separation.

Los *Principles* distinguen entre *decisionmaking responsibility*, para la cual se establece una presunción de ejercicio conjunto (§ 2.09), y *custodial responsibility*, para la cual se propone el *approximation standard* (§ 2.08).

¹⁷ § 2.08 (1)

La propuesta de la *approximation rule* se realiza tras la experiencia con otros criterios, especialmente, en los últimos años, la custodia conjunta.

Hay que advertir, en primer lugar, que aunque en la terminología legal norteamericana se distingue entre custodia legal (“legal custody”) y custodia física (“physical custody”), algunas legislaciones y decisiones judiciales aluden a custodia conjunta (“joint custody”) sin precisar si la medida supone sólo la atribución de la custodia legal o si incluye también la física. Habitualmente se interpreta que el término incluye ambas vertientes de la custodia, aunque en su aplicación práctica es más frecuente que sólo incluya la legal¹⁸.

En los años 70 del siglo pasado, las legislaciones estatales de los Estados Unidos de América establecieron que el criterio del interés del hijo, formalmente neutro en cuanto al género, debía regir la atribución de la custodia en casos de crisis familiar. Ello no provocó un cambio en la tendencia real sesgada a favor de las madres, que otorgaba al padre un papel secundario, reducido al pago de alimentos y al derecho a visitas. Las estadísticas reflejaban la pobreza y escasa regularidad de las relaciones de los hijos con el padre no custodio, el incumplimiento de las obligaciones de alimentos y el distanciamiento paulatino entre aquellos¹⁹.

Como reacción a esta realidad, algunos Estados introdujeron, con formulaciones diversas, la custodia conjunta, con el objetivo involucrar a los progenitores en la vida de sus hijos y evitar que se

-
- (a) to permit the child to have a relationship with each parent which, in the case of a legal parent or a parent by estoppel who has performed a reasonable share of parenting functions, should be not less than a presumptive amount of custodial time set by a uniform rule of statewide application;
 - (b) to accommodate the firm and reasonable preferences of a child who has reached a specific age, set by a uniform rule of statewide application;
 - (c) to keep siblings together when the court finds that doing so is necessary to their welfare;
 - (d) to protect the child's welfare when the presumptive allocation under this section would harm the child because of a gross disparity in the quality of the emotional attachment between each parent and the child or in each parent's demonstrated ability or availability to meet the child's needs;
 - (e) to take into account any prior agreement, other than one under § 2.06, that would be appropriate to consider in light of the circumstances as a whole, including the reasonable expectations of the parties, the extent to which they could have reasonably anticipated the events that occurred and their significance, and the interests of the child;
 - (f) to avoid an allocation of custodial responsibility that would be extremely impractical or that would interfere substantially with the child's need for stability in light of economic, physical, or other circumstances, including the distance between the parents' residences, the cost and difficulty of transporting the child, each parent's and the child's daily schedules, and the ability of the parents to cooperate in the arrangement;
 - (g) to apply the Principles set forth in § 2.17(4) if one parent relocates or proposes to relocate at a distance that will impair the ability of a parent to exercise the presumptive amount of custodial responsibility under this section;
 - (h) to avoid substantial and almost certain harm to the child.

¹⁸ “Joint custody is not a precisely defined term and statutes and cases are often not clear as to the way in which the term is being used.” ... “Joint legal custody involves shared decision making by parents, although the child may reside with one parent who is said to have physical custody of the child. The other form of joint custody involves parents who share both legal custody and residential care of the child. This type of custody arrangement is what is usually denoted by the term joint custody”. MELLI, BROWN, CANSIAN (1997, 777); TRACY (2007, 153). Para algunos ejemplos de los distintos significados que la expresión “joint custody” tiene en las legislaciones de los Estados y de las diversas interpretaciones que los tribunales estatales hacen de unas mismas expresiones, v. American Legal Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution. Analysis and recommendations*. §2.08 Reporter's notes, comment. j.

¹⁹ DWYER (2003, p. 845), MEYER (2006, p. 1473).

desentendieran de sus obligaciones. Algunos la regularon como solución para los casos de falta de acuerdo, mientras que otros se limitaron a establecerla como criterio preferente o a requerir a los tribunales que considerasen esa posibilidad. Con esta fórmula se respondía a la presión de grupos de padres y, de paso, se facilitaba a los jueces su tarea, pues podían así ahorrarse la decisión entre uno y otro progenitor otorgando a ambos una victoria parcial.

A partir de finales de los 90 se inicia una tendencia a permitirla sólo como una más entre las opciones posibles, pues, de una parte, se hace evidente que gran parte de los ex cónyuges no logran colaborar como requiere esta fórmula y, de otra parte, se constata que obligar a los niños a trasladarse continuamente de un hogar al otro puede perjudicarlos²⁰. A ello hay que añadir la sospecha de que la custodia conjunta se solicita a menudo sólo por razones estratégicas o simbólicas. Un estudio muy citado realizado en los años 90 puso de manifiesto que, en muchos casos, con el paso del tiempo, los hijos bajo custodia conjunta volvían a pasar la mayor parte del tiempo en el hogar materno²¹.

En la actualidad todas las legislaciones estatales permiten la "joint custody", pero difieren en cuanto al lugar, preferente o no, que le otorgan en el sistema. Últimamente se observa una tendencia a suprimir las presunciones legales a favor de la custodia conjunta, a impedir que pueda imponerse en ausencia de acuerdo de los progenitores y, en los tribunales, a aplicarla con cautela, pues existe la percepción de que puede ser una buena solución (incluso la solución óptima) si ambos progenitores la desean y están dispuestos a trabajar para su buena marcha, cosa que no sucede en todos los casos²². Si pese a todo ello persiste su buena imagen y si algunas legislaciones estatales la siguen regulando, incluso con carácter preferente pese a su aplicación judicial contenida, es debido a que los legisladores tienden a mostrarse favorables a ella por su atractivo político²³.

Hay que destacar, finalmente, que los *Principles* establecen como objetivo prioritario de la regulación de esta materia el interés de los hijos y sitúan el objetivo de la equidad o justicia entre los progenitores en lugar secundario²⁴.

²⁰ BRINIG (2006, p. 781), BRINIG (2005, p. 1345), BARTLETT (2002, p. 27).

²¹ MACCOBY, MNOOKIN (1994, p. 149).

²² BRINIG, (2006, p. 782), DWYER (2003, p. 915), CARBONE (2000, p. 188).

²³ BARTLETT (2002, p. 27).

²⁴ § 2.02 Objectives; Best Interests of the Child Defined

(1) The primary objective of Chapter 2 is to serve the child's best interests, by facilitating all of the following:

- (a) parental planning and agreement about the child's custodial arrangements and upbringing;
- (b) continuity of existing parent-child attachments;
- (c) meaningful contact between the child and each parent;
- (d) caretaking relationships by adults who love the child, know how to provide for the child's needs, and place a high priority on doing so;
- (e) security from exposure to conflict and violence;
- (f) expeditious, predictable decisionmaking and the avoidance of prolonged uncertainty respecting arrangements for the child's care and control.

(2) A secondary objective of Chapter 2 is to achieve fairness between the parents.

3.2. Ventajas

Las ventajas que la aplicación de este criterio puede aportar en la resolución sobre la atribución de la guarda resultan fundamentalmente de que toma como modelo las decisiones que los propios progenitores tomaron durante la convivencia.

3.2.1. El criterio refleja de forma fiable las preferencias más probables y mejor probadas de cada progenitor y, en consecuencia:

- a. Favorece que la cuestión sobre la guarda de los hijos se resuelva de forma cooperativa y, por tanto, reduce los costes de negociación, que están en función de la regla aplicable en caso de que no haya pacto entre los progenitores, con base en la cual éstos negocian.
- b. Propicia un clima de menor enfrentamiento entre los progenitores pues no hay incentivo para las disputas, acusaciones y descalificaciones de uno en relación al otro, ya que la discusión no versa sobre ello sino sobre la dedicación al cuidado de los hijos de cada progenitor hasta el momento de la ruptura. En definitiva, el criterio puede mitigar la animadversión entre las partes y ello repercute favorablemente en el interés de los hijos pues se evita que queden expuestos al conflicto entre progenitores.
- c. Facilita un mayor y mejor cumplimiento de los derechos y deberes que resulten de la resolución, puesto que la distribución de la guarda es coherente con la organización por la que optaron los progenitores durante la convivencia. Ello favorece el espíritu de colaboración necesario para una buena marcha de las relaciones posteriores al divorcio.
- d. Reduce los incentivos a intercambiar la guarda del hijo por dinero en el proceso de negociación. Si la ley reproduce las preferencias de los progenitores, propicia que las partes lleguen a acuerdos sobre la guarda con independencia de su negociación sobre la propiedad, pues evita que uno de ellos se vea obligado a renunciar a derechos de tipo patrimonial para obtener una atribución de la guarda distinta de la prevista en la norma.

3.2.2. La regla reproduce el reparto de roles anterior al divorcio, de forma que:

- a. Facilita al juez la toma de decisiones pues proporciona una información mucho más fiable sobre las preferencias y el compromiso de las partes, que la que puede resultar de aquello que los padres expresan una vez que la relación entre ellos se ha roto y concreta su tarea a la averiguación de hechos históricos, susceptibles de prueba.

b. Evita la valoración de elementos cualitativos como son la competencia de los progenitores o la calidad del vínculo paterno filial.

c. Evita que la decisión se fundamente en predicciones especulativas sobre el futuro comportamiento de las personas.

d. Impide que el juez se vea abocado a decidir con base en sus prejuicios o valores personales sobre la forma en que debe organizarse la familia.

3.2.3. El criterio sirve al objetivo de procurar estabilidad en la vida de los hijos pues visualiza las relaciones posteriores al divorcio como continuación de la familia intacta, de forma que el entorno habitual de los hijos y sus relaciones anteriores a la ruptura matrimonial serán básicamente los mismos.

3.2.4. La norma es precisa, en el sentido de que es previsible el resultado de su aplicación a cada caso y, en consecuencia, desincentiva comportamientos estratégicos que provocan negociaciones largas y complejas que favorecen al progenitor menos adverso al riesgo.

3.2.5. Reduce la intromisión del Estado en asuntos de familia pues devuelve a los propios padres la decisión sobre el reparto de papeles, con base en la suposición de que la organización que funcionaba antes del divorcio respondía a las preferencias genuinas de los progenitores. Ello supone reconocer y validar los distintos modelos de organización del cuidado de los hijos de cada familia, en lugar de imponer un modelo idealizado de organización de esas funciones.

3.3. Inconvenientes

El criterio ha suscitado críticas referidas, por un lado, al hecho de que comporta aplicar a situaciones de crisis matrimonial los criterios de distribución de la guarda que regían en tiempos de paz familiar y, por otro lado, a que atiende sólo al elemento cuantitativo, es decir, al tiempo que cada progenitor dedica al cuidado de los hijos y no tiene en cuenta elementos cualitativos. También se han apuntado algunas dificultades prácticas que puede plantear su aplicación, como son, por una parte, la concreción de la participación de cada progenitor en las tareas de cuidado de los hijos y, por otra parte, la determinación del periodo de tiempo al cual se refiere esa participación²⁵. La respuesta a algunas de estas objeciones puede encontrarse en los *comments* que acompañan a cada uno de los preceptos de los *Principles of the law of family dissolution*, en los que se explica y delimita el contenido de cada norma y se apuntan soluciones a problemas concretos de aplicación que pueden suscitarse.

3.3.1. La norma reproduce la organización de las relaciones paterno filiales que los progenitores establecieron y aplicaron durante su convivencia, cuando el divorcio no

²⁵ SCHEPARD (2004, p. 3); WARSHAK (2007, p. 600); LAUFER-UKES (2008, p. 1); PARKINSON (2006, p. 446).

entraba en sus previsiones. En estas circunstancias, los progenitores se distribuyen las funciones de cuidado de la casa y de los hijos de la forma que les resulta más conveniente y es posible que uno de ellos se especialice en la aportación de recursos económicos mientras que el otro lo hace en el cuidado de los hijos. Ello puede responder al objetivo de procurar una organización eficiente de los recursos de la familia y también a una mejor atención a las necesidades de los hijos. La cuestión que se plantea es si es adecuado trasladar esos criterios de organización a situaciones de divorcio ya que las dinámicas familiares cambian con el divorcio, momento en el que es frecuente que los progenitores se replanteen su papel en la familia y la relación con sus descendientes: motivos de necesidad económica pueden llevar a algunos progenitores (especialmente las madres) a retomar el trabajo remunerado que dejaron o bien a trabajar en jornadas más extensas tras el divorcio; en sentido contrario, el progenitor que trabajaba en horarios muy amplios fuera del hogar puede que opte por reducir esta dedicación para participar en el cuidado de sus hijos una vez que se ha roto su confianza en el otro progenitor, que era la base sobre la que ambos organizaron la distribución de esas funciones. En el momento del divorcio, el progenitor que dedicó su tiempo al trabajo remunerado puede sentirse penalizado por una decisión que tomó en interés de la familia, en el contexto de una convivencia familiar estable.

En el *comment d.* se excluye la posibilidad de excepcionar la aplicación del criterio con base en argumentos de equidad en relación a los roles asumidos antes del divorcio, pues desde el punto de vista del hijo sólo importa cómo y quién asumió su cuidado y no por qué.

3.3.2. La regla es neutral a la calidad de la relación paterno filial y se limita a proveer un estándar cuantitativo a los tribunales para facilitarles la toma de decisiones. El criterio que los progenitores adoptan para organizar las funciones de cada uno de ellos en la familia no es necesariamente el resultado de una valoración sobre cuál de los dos es más capaz de atender adecuadamente a los hijos ni puede utilizarse como un índice objetivo del interés o del grado de responsabilidad de cada uno de los padres en relación a su descendencia, sino que muchas veces responde a criterios de eficiencia económica. La idea sería que cada progenitor contribuye de forma distinta pero igualmente importante a las necesidades de la familia y, por tanto, no tiene sentido compensar a uno por su inversión personal en atender prioritariamente a los hijos.

3.3.3. Además, la norma asume que hay una relación directa entre la cantidad de tiempo que cada progenitor dedica a los hijos y la calidad del trato que éste les presta y con la importancia del vínculo entre ellos para su desarrollo personal. Ello supone ignorar que hay muchos valores que contribuyen a la formación de los hijos que no están relacionados con el tiempo que se emplea en transmitirlos: es sabido que los hijos aprenden más de lo que los progenitores hacen que de lo que éstos dicen: El progenitor que pasa muchas horas fuera del hogar por motivos de trabajo está también educando al hijo si con ello le transmite el valor del esfuerzo, de la disciplina y de la responsabilidad en el trabajo; mientras tanto, el otro progenitor puede pasar horas con el hijo y ser incapaz de educarle.

En el *comment c.* se justifica la opción por un criterio cuantitativo precisamente para evitar el debate sobre factores cualitativos como las habilidades de los padres o la fortaleza de su vínculo emocional con el hijo, que tienden a focalizarse en las debilidades de los progenitores y por tanto, perjudican el clima de cooperación necesario para unas buenas relaciones post divorcio. Con el criterio de *approximation* se presume que la distribución de las tareas en el pasado es correlativa a factores cualitativos asociados con el interés de los hijos (*comment d.*). De todas formas, si de la aplicación del criterio resultase una solución perjudicial para el interés del hijo, estaríamos ante una de las circunstancias que permiten eludir su aplicación (v. nota 7).

3.3.4. En los casos en que ello dé lugar a un sistema de guarda conjunta, puede resultar ilusorio pretender que se reproduzca para el post divorcio la participación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos con el mismo nivel de cooperación, pese a que durante la convivencia ambos progenitores hubiesen participado de forma equiparable en ello.

Precisamente para evitar casos como éste, en (1) (f) se prevé la posibilidad de evitar la aplicación del *approximation standard* si diera lugar a una solución extremadamente impráctica o que interfiera con la necesidad de estabilidad del hijo o si comporta grandes dificultades y ello compromete el bienestar del hijo. Entre ellas se alude a la capacidad de los progenitores de colaborar evitando el conflicto.

Ahora bien, el *comment j* precisa que no cabe evitar la aplicación del criterio al solo fin de eludir pequeños inconvenientes o la complejidad que pueda suponer una organización familiar distinta²⁶.

3.3.5. En cuanto a los inconvenientes de carácter práctico, el primero es la dificultad que supone expresar en porcentajes la participación en las tareas de cuidado de los hijos de cada uno de los progenitores, especialmente en situaciones de hostilidad entre ellos y que puede ser un factor generador de conflicto.

El *comment b.* se refiere precisamente a esta última objeción y apunta que, en comparación con otros criterios, el *approximation standard* resulta mucho más sencillo de aplicar pues requiere constatar hechos históricos como la realización de determinadas tareas y responsabilidades, tarea a la que los tribunales están habituados. Mucho más difícil resulta, en cambio, decidir con base en estándares cualitativos como la competencia de los progenitores o la fortaleza del vínculo paterno filial, que además de ser subjetivos se proyectan al futuro.

El segundo deriva de la determinación del periodo de tiempo en el cual hay que fijarse para averiguar cuál fue la participación de cada progenitor en las tareas de atención a los

²⁶ "It would almost always be less complicated, less costly, less stressful, and more stable for the child to live in one household with one parent all of the time, without having to move between different households. Allowing such complications to govern custodial arrangements, however, would seriously undermine the primary goals of the Chapter, including continuity in the child's relationship with each parent and the opportunity for the child to develop a meaningful relationship with each parent. For this reason, Paragraph (1) (f) is an exception to the general rule and is limited to situations of extreme impracticality, conflict, or instability".

hijos: si a toda la vida de éstos o sólo a los meses o años previos al divorcio o al cese de la convivencia.

El *comment c.* trata sobre el problema que puede suponer la existencia de distintos niveles de participación en momentos distintos y resuelve que en este caso debe prevalecer el de mayor duración, pues probablemente es más significativo para el hijo, pero rechaza realizar una mayor concreción debido a la variedad de circunstancias que pueden producirse en cada caso.

4. *Apunte final*

La regulación de los criterios legales de atribución de la guarda puede señalar la preferencia política por un sistema de organización familiar más o menos igualitario, pero no va a modificar los roles de género²⁷. Es por ello que la idea del *approximation* es adaptar la distribución de la guarda de los hijos a la dinámica de cada familia y evitar imponer a todas ellas unos mismos modelos de funcionamiento. La finalidad es lograr soluciones realizables, respetuosas con las preferencias de cada familia, que permitan la continuidad de las relaciones de los hijos con sus padres tras el divorcio y que mitiguen el carácter enfrentado de las relaciones entre ellos.

5. *Bibliografía*

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution, Analysis and recommendations* Newark, NJ, Lexis Nexis, 2002.

Christine ATTENEDER, Martin HALLA (2007), "Bargaining at divorce: the allocation of custody", *Institute for the Study of Labor* (Discussion Paper n. 2544).

Katharine T. BARTLETT (2002), "U.S. custody law and trends in the context of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution", 10 *Virginia Journal of Social Policy and the Law* 27.

Margaret BRINIG (2005), "Does parental autonomy require equal custody at divorce?", 65/4 *Louisiana Law Review* 1345.

Margaret BRINIG (2006), "Penalty defaults in Family Law: the case of child custody", 33 *Florida State University Law Review* 781.

June CARBONE (2000), *From Partners to Parents: The Second Revolution in Family Law*, Columbia Univ. Press.

²⁷ "Los resultados son contundentes y apuntan a la resiliencia de las normas sociales y culturales que vinculan a las madres con el cuidado de los hijos." DOMÍNGUEZ (2007, 5); Véase también, SCOTT (1992, 657); WALLBANK (2007, 206).

Miguel DE LA FUENTE SÁNCHEZ (Dir. y coord.) (2007), "Usos del tiempo, estereotipos, valores y actitudes", Estudio núm. 101, Instituto de la Mujer, Madrid.

Mónica DOMÍNGUEZ SERRANO, Lina GÁLVEZ MUÑOZ, Paula RODRÍGUEZ MODROÑO (2007), "La primacía del género sobre las diferencias culturales y socioeconómicas en el reparto del tiempo". Comunicación presentada en el II Congreso de Economía Feminista (Universidad de Zaragoza, mayo de 2007). Disponible en http://www.unizar.es/economiafeminista/comunicaciones/area_3_condiciones_vida/Dominguez_Galvez.pdf.

James G. DWYER (2003), "A taxonomy of children's existing rights in state decision making about their relationships", 11 *William. & Mary Bill of Rights Journal* 845.

Cristina FERNÁNDEZ, Almudena SEVILLA-SANZ (2006), "Social norms and household time allocation", Working Paper n. 648. IESE, Barcelona.

Agurtzane GORIENA LEKUE (2007), "Legal discourse and gender neutrality in child custody reform in Spain", en Mavis MACLEAN (Ed.), *Parenting after partnering*, Oñati International Series in Law and Society. Hart Publishing, Oxford.

María Paz GARCÍA RUBIO y Marta OTERO CRESPO (2006), "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005". *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2008), "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial". *InDret* 2/2008.

Kristi KURKI-SUONIO (2000), "Joint custody as an interpretation of the best interest of the child in critical and comparative perspective", 14/3 *International Journal of Law, Policy and the Family* 196.

Pamela LAUFER-UCHELES (2008), "Selective recognition of gender difference in the law: revaluing the caretaker role". 31 *Harvard Journal of Law and Gender* 1.

Eleanor MACCOBY & Robert MNOOKIN (1994), *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody*, Harvard University Press.

Marygold S. MELLI, Patricia R. BROWN, Maria CANCIAN (1997), "Child custody in a changing world: a study of postdivorce arrangements in Wisconsin", *University of Illinois Law Review* 777.

David D. MEYER (2006), "The constitutional rights of non-custodial parents", 34 *Hofstra Law Review* 1473.

Patrick PARKINSON (2006), "The past caretaking standard in comparative perspective", en Robin FRETWELL WILSON (Ed.), *Reconceiving the family. Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*. Cambridge University Press, New York.

Branka RESĚTAR, Robert E. EMERY (2008), "Children's rights in european legal proceedings: why are family practices so different from legal theories?", 46/1 *Family Court Review* 65.

Andrew SCHEPARD (2004), "Law and children. Approximation rule for child disputes", 231 *New York Law Journal* 3.

Elizabeth S. SCOTT (1992), "Pluralism, parental preference and child custody", 80 *California Law Review* 615.

Kristin SKJØRTEN, Rolf BARLINDHAUG (2007), "The involvement of children in decisions about shared residence", 21 *International Journal of Law, Policy and the Family* 376.

Melissa A. TRACY (2007), "The Equally Shared Parenting Time Presumption -- A Cure-All or a Quagmire for Tennessee Child Custody Law?", 38 *University of Memphis Law Review* 153.

Richard A. WARSHAK (2007), "Punching the parenting time clock: the approximation rule, social science and the baseball bat kids". 45/4 *Family Court Review* 600.

Julie WALLBANK (2007), "Getting tough on mothers: regulating contact and residence", 15 *Feminist Legal Studies* 206.