



Munich Personal RePEc Archive

**Economic effects of family structure laws:
International evidence of divorce and
custody.**

Boldova, Daniel Miguel

9 October 2019

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/96440/>
MPRA Paper No. 96440, posted 10 Oct 2019 08:19 UTC

Efectos económicos de las leyes sobre la estructura familiar: Evidencia internacional del divorcio y la custodia

Daniel Miguel Boldova Marzo
Universidad de Zaragoza

Resumen:

Este trabajo de investigación examina el efecto de las leyes sobre las estructuras familiares y analiza sus consecuencias económicas. En primer lugar, realiza un análisis comparado de la regulación de la estructura familiar entre los ordenamientos jurídicos de los principales países del mundo occidental. De la citada regulación se examina comparativamente tanto la legislación del divorcio de cada país como la concerniente a la custodia de los hijos una vez producido éste. Respecto de la custodia de los hijos se realiza un examen separado de la custodia monoparental y de la custodia compartida. En segundo lugar, una vez realizado el análisis y la comparación de estas legislaciones, se abordan las consecuencias económicas que conllevan. Por un lado, se estudian las consecuencias que tiene la actual la regulación legal de los divorcios, analizando la tendencia de nuestra sociedad en este ámbito y sus efectos económicos. Por otro lado, se realiza un análisis de los dos tipos de custodia de los hijos por parte de los progenitores abordando las situaciones familiares que provoca cada uno de ellos, como la división de horas de los miembros de la familia o los efectos sobre el desarrollo del menor, entre otros aspectos. Cada uno de los ámbitos analizados se relaciona con las consecuencias económicas y psicológicas de cada una de las partes implicadas. Finalmente, el trabajo concluye con un resumen de la legislación objeto de análisis y de los efectos que derivan de las leyes de estructura familiar sobre la economía de la sociedad y el bienestar de los ciudadanos por ellas afectados.

Palabras clave: legislación, familia, divorcio, custodia
Clasificación JEL: D10, K36

Abstract:

The present study intends to evaluate the effect of the law on family structures and analyze its economic consequences. First, it carries out a comparative analysis of the regulation of family structure among the legal systems of the western countries. From the aforementioned regulation, both the divorce legislation of each country and the one concerning the custody of the children are examined comparatively. In reference to child custody regulation, a separate examination of single-parent custody and shared custody is implemented. Secondly, once the analysis and comparison of these laws has been fulfilled, the economic consequences which they imply are examined. On the one hand, the consequences of the current legal regulation of divorces are studied, analyzing the social trends regarding this matter and its economic effects. On the other hand, an analysis of the two types of child custody is carried out, examining the family situations caused by each of them, such as the division of hours of family members or the effects on the minor development, among other aspects. Each of the areas relates to the economic and psychological consequences of each one of the parts involved. Finally, the work concludes with a summary of the legislation analysed and the effects of the family structure laws over the economy and welfare of the citizens affected by them.

Key words: law, family, divorce, custody
JEL Classification: D10, K36

1. Introducción

El matrimonio, contrato de convivencia entre dos personas que había venido sirviendo como elemento integrador de las familias, tiene como principal causa de extinción el divorcio y éste ha sido favorecido por las legislaciones más recientes. Por ello el número de divorcios, sobre todo en los países desarrollados, ha crecido de manera exponencial en los últimos años. Su proliferación ha provocado que se vea afectado uno de los elementos estabilizadores de la economía de estos países, cual es la figura del matrimonio (ver Molina, 2011, 2013, 2014).

Con el cambio de mentalidad de las sociedades occidentales, en cierta forma alentadas por la secularización de las mismas, se han generado nuevas legislaciones, cada vez más abiertas a facilitar la consecución del divorcio. Sin embargo, la legislación de los países difiere sustancialmente. Por ello, en este documento vamos a realizar un estudio comparado de las diferentes legislaciones de los países occidentales respecto a la fórmula del divorcio, cómo ha afectado al número de divorcios en los distintos países, así como cuál es su repercusión económica. El interés económico del estudio de las familias tiene distintas perspectivas teóricas (Andaluz et al. 2007) y empíricas, incluyendo éstas últimas, entre otros factores, el consumo de bienes y ocio (Molina, 1994, 1996, 1999, 2002), el trabajo en forma de empleo o emprendimiento (García et al., 1996, 1999, 2001 ; Molina et al., 2016, 2017) o el análisis de la satisfacción (García et al., 2007)

Trataremos también la regulación de la custodia de los hijos que, debido a la regulación favorable a la facilitación del divorcio, se convierte en un fenómeno social relevante vinculado al anterior. A este respecto debemos tener en cuenta la repercusión económica que tiene un modelo preferencial en la legislación respecto al tipo de custodia. Es por ello que, además de comparar la legislación del divorcio de los países referentes del mundo occidental, compararemos a su vez la regulación de los tipos de custodia, las opciones que se abren y sus respectivos modelos preferenciales.

Para tratar estos fenómenos sociales en los países occidentales es necesaria hacer una selección de los mismos. Los países más representativos, en función del continente, son:

- Europa: España, Francia, Italia, Alemania y Reino Unido.
- Oceanía: Australia.
- Norteamérica: Estados Unidos y Canadá.

El motivo de seleccionar estos países reside fundamentalmente en su demografía, ya que se trata de los países más poblados dentro del mundo desarrollado, con la excepción de Australia, que cuenta solo con 24 millones de habitantes. Por otro lado, se trata de países con un modelo de sociedad muy similar y que además ocupan una posición económica y política relevante en el orden mundial.

Cabría plantearse si deberíamos escoger países desarrollados de Asia con un gran número de habitantes, como son los casos de Japón (127 millones de habitantes) o Corea del Sur (51 millones de habitantes). Sin embargo, pese a estar desarrollados, los países mencionados difieren bastante con el modelo cultural europeo, que sí que está presente en territorios no necesariamente europeos como Canadá, EEUU o Australia. Por lo tanto, al tratarse de otro modelo de cultura, con un significativo cambio en los valores de la

sociedad, la inclusión de estos países podría afectar a los resultados de la investigación, que pretende abordar el problema desde una perspectiva estrictamente “occidental”.

Por otra parte, conviene aclarar que vamos a tratar solo la vía del divorcio, dentro de las opciones que en nuestro ordenamiento jurídico se abren para poner fin a la vida común, como son también la separación y la nulidad del matrimonio. Únicamente nos interesa el divorcio en tanto que de éstas es la única causa que nuestro Código Civil, en su artículo 85, reconoce para disolver el vínculo matrimonial, junto con la muerte y la declaración de fallecimiento (Lacruz, 2017).

2. Evidencia

Vamos a acudir a la legislación de los diferentes países con el propósito de observar el grado de complejidad con que se regula la institución del divorcio y cómo ello repercute finalmente en el número de divorcios en cada caso. También nos servirá para observar qué modelo se establece de manera preferente para la custodia de los hijos en cada país, comprobando la tendencia general en los países desarrollados.

1) Europa

a. España

i. Legislación nacional sobre el divorcio y la custodia de los hijos

Para comenzar, vamos a tratar el caso de España, atendiendo a la regulación contenida en el Capítulo VIII (“De la disolución del matrimonio”) del Título IV (“Del matrimonio”) del Libro I (“De las personas”) de nuestro Código Civil, que data de 1981, momento en el que se introduce en España una ley sobre divorcio, en principio restrictiva aunque posteriormente sufre modificaciones en el sentido de dar mayor cobertura a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad (Lacruz, 2017). El vigente artículo 85 del Código Civil realiza una referencia expresa al divorcio, al afirmar que “*el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*”. En el mencionado capítulo se regulan los aspectos generales relativos a la disolución del matrimonio en la legalidad española. Dicha normativa trae causa en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En dicha ley se estableció que el motivo para decretar judicialmente un divorcio, cualquiera que sea su forma de celebración, radica exclusivamente en la voluntad del o de los contrayentes, es decir, bien del cónyuge que lo solicita, bien de ambos si es un divorcio consensual. Esta regulación se completa con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que al divorcio judicialmente decretado, añade el divorcio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores (arts. 82.2 y 87 CC).

En este sentido, el sistema español se puede considerar un sistema favorable al divorcio, pues no requiere causa material distinta para su efectividad que la voluntad de uno de los contrayentes, siendo suficiente la de uno de ellos (pese a una posible oposición del otro contrayente), siendo la ley calificada por algunos como la “ley de divorcio-

expres”, ya que tampoco está sujeta a plazo alguno, salvo el general –que también se exceptiona– de haber transcurrido tres meses desde el matrimonio. Este aperturismo a la política a favor del divorcio se argumenta a través de la idea de libertad de estado (civil), en el sentido de que si las personas son libres para casarse o no, también lo son para permanecer casados o no, ligando esto a la idea de “libertad de personalidad”.

Volviendo al Código Civil, en el mencionado Capítulo VIII, el artículo 92 establece que una de las medidas definitivas que deben recoger las sentencias de divorcio es la relativa a la determinación de la custodia de los hijos. Además, el artículo 91 afirma que será el juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o no aprobación del mismo, quien decida a quién corresponde la guarda y custodia de los hijos, pudiendo ser única o compartida.

El artículo 92 fue modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, para introducir la custodia compartida como supuesto de guarda y custodia de los hijos que procede, según el artículo 92.5, cuando los padres la solicitan en propuesta del convenio regulador o cuando ambos la acuerdan en el transcurso del procedimiento.

“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. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

El apartado sexto del mismo precepto establece que antes de decidir acerca del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia de los hijos, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal y oirá a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor (Lacruz, 2017).

Además, de acuerdo con el apartado 8 del mismo artículo, la custodia compartida se puede establecer por el Juez “excepcionalmente”, aunque no haya acuerdo, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, pudiéndose acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Sin embargo, la STS nº 400/2016, de 15 de junio, aclaraba que el Juez no podrá imponer la modalidad de custodia compartida si ninguno de los dos la solicita.

Por otra parte, el apartado séptimo del artículo 92 prohíbe otorgar la custodia compartida cuando cualquier progenitor está incurso en un proceso penal, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, o cuando el juez aprecie, según las alegaciones y las pruebas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Todas estas medidas van encaminadas a cumplir con el principio del “*favor filii*”, es decir, van encaminadas a que el daño que la sentencia de divorcio pueda producirles a los hijos sea el menor posible. Se pretende evitarles perjuicios innecesarios y que, de

acuerdo a la nueva situación, éstos queden en la forma más conveniente de acuerdo a sus circunstancias e intereses.

De acuerdo con lo visto hasta ahora en el ordenamiento jurídico español, podemos concluir que la custodia compartida no es contemplada como un sistema excepcional, pero tampoco tiene el trato preferente que se observa en otros países, existiendo preferencia por la custodia individual (Serrano y Bayod, 2016).

ii. Legislación autonómica sobre la custodia de los hijos

Una vez estudiada la legislación de rango nacional, procede atender a la que efectúan las diferentes autonomías que se han adentrado a desarrollar la custodia de los hijos:

- Aragón: Se trataba de la primera comunidad autónoma que legisló sobre la custodia de los hijos. Lo hizo a través de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia con los padres. En la misma ley se sitúa el modelo de custodia compartida como preferente, si bien estaba abierta a que se dé la custodia individual cuando resulte más conveniente.

En el Capítulo II Título II del Libro I del Código de Derecho Foral de Aragón se tratan, entre otras cosas, los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a su cargo. En concreto, en el artículo 80.1 del CDFA se regula la guarda y custodia de los hijos, señalando que:

“Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos”

En el apartado segundo del mismo artículo se fijaba la custodia compartida como opción preferente, teniendo que fundamentar el juez que otorgue la custodia individual su decisión, estableciendo en qué es más conveniente este sistema para el interés del menor.

Sin embargo, recientemente, la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, cambió la redacción del segundo apartado del artículo 80 del Código de Derecho Foral Aragonés (en adelante “CDFA”). Eliminó la preferencia por la custodia compartida, introduciendo una situación de igualdad total entre la custodia individual y la compartida, poniendo a disposición la elección de esta por el Juez en función del superior interés del menor.

- Cataluña: El Parlamento catalán aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, el Libro II del Código Civil Catalán, sobre persona y familia. Esta nueva ley regula el cuidado de los hijos (artículo 233-8 al 233-13), cambiando la expresión de custodia compartida por el de “responsabilidad parental compartida”.

De acuerdo con el artículo 233-10 del Código Civil Catalán, para el ejercicio de la guarda se aplicará el sistema que hayan convenido los progenitores en el plan de

parentalidad. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo, o se llega pero finalmente no se aprueba el mismo, la autoridad judicial determinará cómo debe ejercerse la guarda, teniendo en cuenta que las responsabilidades parentales tienen carácter conjunto, conforme al art. 233-8 (Serrano y Bayod, 2016).

Por lo tanto, en el sistema catalán, así como en el aragonés, tampoco se establece ningún tipo de custodia como la opción preferente. Únicamente se tiene en cuenta la corresponsabilidad de los progenitores para el caso de desacuerdo, pero si la custodia exclusiva resulta lo mejor para el menor se concederá ésta y no aquélla.

- Navarra: Menos de un año después, la Comunidad foral de Navarra aprobó la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, que entro en vigor el 28 de junio de 2011 (Serrano y Bayod, 2016).

La legislación navarra establece que cada uno de los padres o ambos podrán de común acuerdo solicitar al juez la custodia de los hijos para ser ejercida por uno de ellos o por ambos. Regula la custodia individual y la compartida en igualdad de condiciones (artículo 3 de la Ley 3/2011), encomendando al juez que, en su resolución, decida la modalidad de guarda más adecuada al interés del hijo.

- País Vasco: Esta Comunidad aprueba la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Con esta Ley, el legislador vasco prioriza la custodia compartida como medida judicial, a falta de acuerdo entre los padres.

La Ley 7/2015 establece que el juez atribuirá la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés del menor y lo solicite una de las partes (art. 9.3 *ab initio*). Por lo tanto, la custodia compartida en la ley vasca tiene prioridad sobre la monoparental, pero no es automática ni se puede acordar de oficio.

b. Francia

En segundo lugar, analizaremos el caso francés. En Francia, el divorcio viene regulado por el Código Civil de Francia, que fue modificado por la Ley 2004-439, de 26 de mayo de 2004, con el objetivo de simplificar la regulación de la anterior ley de 1975. Más concretamente, atendemos al Título VI (“*Du divorce*”) del Libro 1º (“*Des Persones*”) del Código Civil de Francia (*Code Civil*). Dentro del mencionado Título, interesa destacar su primer capítulo, pues en éste se prevén los cuatro supuestos legalmente establecidos para solicitar un divorcio en Francia.

El artículo 229 del *Code Civil* adelanta las citadas previsiones para obtener el divorcio, siendo desarrolladas por las posteriores secciones del mismo capítulo. De esta forma, los supuestos para el divorcio en Francia son:

- Mutuo consentimiento (Sección I): Hace referencia a los esposos que estarían de acuerdo en el divorcio y todas sus consecuencias como el ejercicio de la patria potestad sobre los niños o el reparto de los bienes. Se efectúa bien en escrito privado de las partes asistidas por abogados y consignado en acta ante notario, bien ante la autoridad judicial, que se limita a refrendar el acuerdo.

- Aceptación del principio de ruptura del matrimonio (Sección II): Puede solicitarse por un cónyuge o ambos que aceptan el principio de la ruptura matrimonial sin consideración a los hechos que lo originan. En caso de desacuerdo es el juez quien decide las consecuencias del mismo.

- Alteración definitiva del vínculo conyugal (Sección III): Puede solicitarse cuando cesó la vida común entre los cónyuges que viven separados durante dos años.

- Por culpa (Sección IV): Puede ser solicitado por uno de los cónyuges cuando el otro ha cometido hechos que constituyen una violación grave o repetitiva de las obligaciones del matrimonio y que hacen intolerable el mantenimiento de la vida común.

Este sistema promueve la conciliación de los cónyuges ante el juez, al tratarse de un proceso rápido que únicamente requiere una entrevista. De la misma forma, supone también una simplificación para la separación de facto, pues acorta el periodo anterior a la reforma del Código, de seis años de ruptura del núcleo conyugal a únicamente dos años.

Sin embargo, pese a que se haya conseguido el acortamiento mencionado para el periodo de separación, dos años es un plazo de tiempo superior al necesario en otros ordenamientos jurídicos.

En la comparación con el ordenamiento español, se puede considerar a nuestro sistema más abierto y rápido para conseguir el divorcio que el sistema francés si únicamente lo solicita uno de los dos cónyuges.

Por otra parte, en Francia la custodia de los hijos es tratada en el Título IX (“*De l'autorité parentale*”) del Libro 1º (“*Des personnes*”). En su capítulo 1º (“*De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant*”), el artículo 373-2-9 establece el sistema de cuidado compartido como regla general.

El sistema francés de custodia es muy favorable a la custodia compartida (designada en Francia como “*résidence alternée*”), gracias a la modificación que sufre el Código Civil en Francia a través de la Ley 2002-305, de 4 de marzo del 2002 y posteriormente de la 2016-297, de 14 de marzo de 2016. En este sistema para obtener el cuidado compartido no es necesario que las partes lo pacten, ni que ninguna lo inste.

Además, cabe destacar que la legislación francesa se muestra bastante favorable al establecimiento de acuerdos responsables respecto a la custodia de los niños. Esto se debe a que el juez puede designar un mediador familiar para llegar a estos acuerdos, pudiendo obligar el juez a los padres a reunirse con el mismo. Esta medida quedó introducida en el sistema francés a través de la Ley 2004-439, del 26 de Mayo del 2004.

Comparativamente, la legislación francesa está muy desarrollada en este aspecto, al situar la custodia compartida como modelo preferente, sin la necesidad para otorgarla de que ninguno de los padres la haya solicitado, sino que siempre se actúa a favor del interés superior del menor. Además, la introducción de la figura del mediador supone un claro avance para llegar a acuerdos. Por lo tanto, se puede considerar una legislación más avanzada que la española en el ámbito nacional, si bien recuerda a las legislaciones autonómicas, como la vasca, que en esta materia es pionera en nuestro país.

c. Italia

En el caso italiano se debe acudir a la regulación contenida en el Capítulo V (“*Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*”) del Título VI (“*Del matrimonio*”) del Libro 1º (“*Delle persone e della famiglia*”) del Código Civil italiano. Dentro del mismo el artículo 149 establece los supuestos previstos para la disolución del matrimonio. El artículo dispone que el matrimonio, ya sea celebrado con ritos religiosos o de forma civil, se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, así como por las causas previstas en la ley.

Las causas previstas en la ley se contienen en la Ley nº 898, de 1 de diciembre de 1970, que introduce el divorcio en Italia. A su vez, ésta fue modificada en sucesivas ocasiones por la Ley nº 436, de 1 de agosto de 1978, por la Ley nº 74 de 6 de marzo de 1987, por el Decreto-Ley nº 132 de 12 de Septiembre de 2014 y por la Ley nº 55 de 6 de Mayo de 2015.

La Ley 898/1970 estableció que el divorcio puede disolver el vínculo matrimonial (si éste es solo un matrimonio civil) o disolver los efectos civiles (si el matrimonio es concordatario). Para decretar el divorcio el juez debe observar dos condiciones, una de ellas subjetiva y la otra objetiva: la condición subjetiva está contenida en el artículo 1 de la misma Ley, en el que se indica que el juez pronunciará la disolución del matrimonio cuando asegure que la comunión espiritual y material entre los cónyuges no puede ser mantenida o reconstituida; a la condición objetiva alude el artículo 3 de la Ley, que señala una serie de causas estrictamente exigidas, siendo la principal de estas causas el acuerdo de separación o el pronunciamiento de separación por una sentencia firme, habiendo transcurrido 6 meses en el caso de consentimiento mutuo y 12 meses en el caso de separación judicial. El resto de casos previstos en el artículo 3 hacen referencias a situaciones excepcionales, como que uno de los dos cónyuges haya cometido crímenes graves o que uno de los dos haya cambiado de sexo. Otra vía para obtener el divorcio es la declaración de nulidad del matrimonio religioso, que implica el cese de los efectos civiles del mismo.

Al respecto de la regulación señalada, la tendencia de la legislación italiana ha girado sobre la idea de facilitar la tramitación del divorcio. En 1970, la Ley de Divorcio establecía un plazo de separación de 5 años, que con la modificación de 1987 se redujo a 3 años. Con la última reforma efectuada por la Ley 55/2015 (que fue aprobada por una amplia mayoría) se redujo este periodo a los ya mencionados 6 meses, siendo por ello conocida como la Ley de “divorcio rápido”.

La custodia de los hijos en caso de divorcio se regula a continuación en artículo 155, el cual señala que, en caso de separación y con respecto a los hijos son aplicables las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Título IX (“*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*”). En este capítulo, el artículo 337-ter establece que los hijos tienen el derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de los padres para recibir atención, educación, instrucción y asistencia moral de ambos, así como mantener relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada rama parental.

En esta línea se desarrolla la Ley nº 54/2006, de 8 de Febrero de 2006, sobre la custodia de los hijos. Ésta viene a estandarizar la custodia compartida (“*affidamento*”).

condiviso”) en los casos de divorcio. Sin embargo, la aplicación de la misma ley no fue plena desde el principio, pues muchos tribunales privilegiaban la institución de la custodia exclusiva. De esta forma, la política seguida en Italia va en línea con la de Francia, estableciéndose la custodia compartida como el modelo preferente. De nuevo, se distancia de la legislación española, si bien se acerca a algunas legislaciones autonómicas.

d. Alemania

En este país el divorcio viene regulado en el Subtítulo 1º (“*Scheidungsgründe*”) del Título 7º (“*Scheidung der Ehe*”), que se desarrolla en los párrafos 1564 y ss. del *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemán). Conforme a esta regulación se puede solicitar un divorcio cuando se entiende que el matrimonio fracasa, como establece el párrafo 1565 del *BGB*. El sistema alemán no condiciona el divorcio a la concurrencia de causas objetivas de la separación, sino más bien a que la situación actual sea la de separación y que no se espere que la relación conyugal se vuelva a restablecer.

El párrafo 1566 del *BGB* establece los requisitos necesarios para divorciarse conforme a dos vías:

- 1) Los cónyuges han vivido separados durante al menos un año y, además, ambos aceptan de común acuerdo divorciarse o el demandado acepta el divorcio.
- 2) Los cónyuges han vivido separados durante al menos tres años, sin importar que uno de los cónyuges no quiera divorciarse.

Por otra parte, el *BGB* también establece casos de fuerza mayor en virtud de los cuales no es necesario que transcurra un año desde el cese de la convivencia, como son, por ejemplo, el maltrato (físico, psíquico o sexual) al otro cónyuge, el hecho de que un cónyuge espere un hijo de una persona distinta o los casos de adicción de cualquiera de los cónyuges.

Se observa que cuando no hay común acuerdo, el plazo que establece la legislación alemana es superior al de otros países. Sin embargo, es cierto que prevé una serie de excepciones en supuestos de en los que la prosecución del matrimonio es irrazonable.

Por otro lado, en cuanto a la regulación de la custodia en Alemania, el *BGB* no contiene una referencia clara a la custodia compartida, pero el párrafo 1626 del *BGB* establece como regla en su párrafo 3º que el mayor interés del hijo incluye el trato con ambos padres. Por tanto, no solo no existe impedimento legal para establecerla si los progenitores así lo convienen, sino que ésta es también la pauta general en la práctica, pues la custodia unilateral de uno de los cónyuges debe justificarse frente a la regla general.

El caso alemán concuerda pues con la política de custodia que se viene aplicando en el resto de Europa, sobretodo si tenemos en cuenta que el Consejo de Europa (organización a la que pertenece Alemania) aprobó el 2 de Octubre de 2015 por unanimidad la Resolución 2079, sobre igualdad y corresponsabilidad. Esta resolución es muy clara a la hora de luchar contra la discriminación que sufren los hombres divorciados en lo relativo a la custodia de los hijos, abogando claramente por la custodia compartida, instando a los países pertenecientes al Consejo de Europa a introducir en su legislación leyes favorables a esta, como señalaba el punto 5.5.

e. Reino Unido

Inglaterra y Gales comparten el mismo sistema legal, mientras que Escocia e Irlanda del Norte tienen su propio sistema jurídico distintivo. En nuestro caso se analizan únicamente el sistema vigente en Inglaterra y Gales en primer lugar, y el sistema escocés, posteriormente. Si bien entre ambos sistemas se aprecian bastantes similitudes, también se pueden encontrar diferencias, sobretodo en la legislación del divorcio.

i. Inglaterra y Gales

La Ley de Causas Matrimoniales (Matrimonial Causes Act) rige como ley del el matrimonio y el divorcio, aprobada por el Parlamento de Reino Unido en 1973. Según esta, el divorcio solo es posible cuando, tras el transcurso de un año desde matrimonio, éste se ha roto sin remedio y concurre alguno de los cinco supuestos que se establecen para solicitar el divorcio. Éstos son los siguientes:

- 1) Adulterio.
- 2) Comportamiento irrazonable (se engloba aquí la violencia física, el abuso verbal, alcoholismo, drogodependencia y la negativa a contribuir a los gastos del hogar).
- 3) Abandono (por más de 2 años).
- 4) Ausencia de convivencia superior a dos años (estando ambos cónyuges de acuerdo en el divorcio).
- 5) Ausencia de convivencia superior a cinco años (cuando concurre la oposición de una parte).

Como ocurría en el sistema alemán, para el caso de un divorcio sin causa en el que los dos cónyuges no están de acuerdo, el plazo fijado de cinco años es superior al de otros países. Por otra parte, el supuesto de “comportamiento irrazonable” sirve de cajón de sastre para los divorcios con causa, de manera que en casos de urgencia facilita la consecución del proceso.

En lo relativo a la custodia de los hijos, para promover la protección y el bienestar de los niños, en 1989 se aprobó la Ley de Menores (*Children Act*). Esta ley regula, entre otras cosas, la residencia de los hijos en caso de divorcio en Inglaterra y en Gales. La Ley deja claro que lo más importante es anteponer el interés del menor, haciendo una mención expresa a la residencia compartida (*shared residence*). Sin embargo, pese a la mención expresa de la misma, tampoco se antepone como un modelo preferente, sino que, dependiendo del caso, se considerará preferente para el menor o no.

Por lo tanto, en cada litigio un tribunal deberá valorar los elementos por los que se ve condicionado el menor, como la edad (prefiriendo comúnmente que no varíe de residencia si tiene muy poca edad) o la propia opinión de los hijos (siempre que ya sean lo suficientemente mayores como para ofrecerla sin condicionamientos de los padres). De esta manera, no existe un modelo preferente, sino que cualquier presunción se puede refutar en cada caso concreto en beneficio de un modelo u otro.

En este punto el sistema instaurado en Inglaterra y Gales se asemeja al español, al reconocer la residencia compartida (que nosotros lo entendemos como custodia compartida), pero no instaurándolo como modelo preferente. En ambos sistemas, se

denota un especial énfasis en el principio del “*favor filii*”, aunque también el mismo principio se menciona en los países que los que parte de un modelo preferente, por lo que no es el factor determinante.

ii. Escocia

En la legislación escocesa rige la Ley de Divorcio (*Divorce Act*) de 1976, modificada por la Ley de Familia (*Family Law Act*) de 2006.

La Ley de Familia establece los motivos por los que se puede solicitar un divorcio. Los dos motivos legales previstos en Escocia para el divorcio son la ruptura irreversible del matrimonio o cuando un cónyuge se somete a una cirugía de reasignación de género. Centrándonos en la primera, la petición de divorcio solo puede ser presentada por una persona, que es la que persigue el divorcio (*the pursuer*), mientras que la otra es la que lo discute (*the defender*), no siendo posible que ambas partes presenten una petición conjunta. Dentro de esta modalidad, hay dos tipos de procedimientos de divorcio, el procedimiento “sin culpa” (*no fault*), que es el que elimina la necesidad de que el juez investigue la relación entre las partes, y el de “culpa”, que es en el que se investiga si se cumplen las causas previstas en la ley.

La existencia de estos dos modelos supone una ventaja, puesto que la rapidez a la que se puede obtener el divorcio se determinará en función de las circunstancias en las que se ha procedido al mismo.

Las causas que prevé la ley escocesa son las siguientes:

- 1) Adulterio del demandado.
- 2) Comportamiento del defensor que hace irrazonable que el demandante viva con el demandado.
- 3) Vivir separados más de un año (aceptando ambas partes el divorcio).
- 4) Vivir separados más de dos años (rechazando una de las partes el divorcio).

En cierta medida podemos considerar que las causas de la legislación escocesa son similares a las de Inglaterra y Gales. Sin embargo, es apreciable que los plazos previstos para la separación en la legislación escocesa son inferiores, tanto cuando ambas partes aceptan el divorcio (1 año en Escocia y 2 en Inglaterra y Gales) como cuando una lo rechaza (2 años en Escocia y 5 en Inglaterra y Gales). En este aspecto, es cierto que la legislación escocesa se acerca más a las legislaciones continentales, estableciendo plazos similares.

En el caso de la custodia de los hijos, de nuevo, debemos atender a la Ley de Familia (*Family Law Act*) de 2006, en relación con la Ley de Menores (*Children Law Act*) de 1995, pues en ambas se regulan las responsabilidades parentales con los hijos. De modo parecido a Inglaterra y Gales, para otorgar la guarda y custodia de los hijos, se atiende siempre al mayor interés de menor. En este sentido, en la legislación escocesa no se establece tampoco un modelo preferente como pueda ser la custodia compartida, sino que pondera la capacidad que pueden tener los padres para satisfacer dichos intereses de los hijos.

2) Oceanía

a. Australia

En Australia, el divorcio está regulado por la Ley de Derecho de Familia de 1975 (*Family Law Act*), que introducía el sistema de divorcio sin culpa (*no-fault divorce*). Conforme a la misma el tribunal no puede entrar en la consideración de por qué el matrimonio ha finalizado. El único motivo para solicitar el divorcio es que el matrimonio haya fracasado sin que exista una probabilidad razonable de volver a estar juntos. Para evidenciar el colapso matrimonial es necesario que los cónyuges hayan vivido separadamente más de 12 meses.

De la misma forma, además de esta evidencia temporal, si existen menores de 18 años, habrá que demostrar al tribunal que se van a adoptar las medidas apropiadas para estos.

Por tanto, la legislación de Australia favorece la obtención de divorcios rápidos. El plazo de separación de un año es equiparable a los modelos europeos y se aleja de los sistemas anglosajones mencionados hasta el momento.

Por otra parte, en lo relativo a la custodia recientemente Australia realizó un periodo de reformas en su legislación. En concreto, desde el 2003 hasta el 2008 Australia se produjeron diversas modificaciones relativas al derecho a la asistencia y manutención infantil. En concreto en el 2006 se introdujo la “Enmienda sobre la Familia” (*Family Law Amendment Act*), otorgando una responsabilidad igualitaria (*Shared Parental Responsibility*). Por lo tanto, el modelo de custodia compartida se convierte en el modelo preferente en Australia desde el 2006, al establecer que ambos padres tienen igual responsabilidad respecto al cuidado de los hijos. Pese a ello, la presunción de custodia compartida no es aplicable en casos de antecedentes con violencia intrafamiliar o cuando por el interés del niño no proceda. De esta forma, se adopta como modelo preferente la custodia compartida, aun cuando no haya acuerdo de los padres, sin llegar a excluirse otras vías.

Por otra parte, en la práctica, para conseguir el modelo de custodia compartida, los padres deben contar con el apoyo de la consejería familiar, quien debe asegurarse de que se está protegiendo el interés del menor.

El modelo de Australia se puede considerar que comparte bastantes elementos con los modelos de Francia y de Italia al seleccionar como modelo preferente a la custodia compartida respecto a los otros modelos. De igual forma, es similar al modelo correspondiente a Inglaterra, Gales y Escocia, resaltando el interés del menor como criterio principal.

3) Norteamérica

a. Canadá

En Canadá la división territorial no plantea problemas respecto a la legislación del divorcio, puesto que la propia Constitución de Canadá prevé que el matrimonio y el divorcio se regulen a través de una ley federal. De esta forma, la Ley de Divorcio (*Divorce*

Act) de 1968 consiguió estandarizar el divorcio en Canadá de manera definitiva, dándole un tratamiento uniforme a lo largo de todo el territorio, incluido Quebec, pese a que posee su propio Código Civil diferenciado del resto de provincias anglo-canadienses, pero no en esta materia.

La Ley de Divorcio de 1968 fue sustituida por una nueva Ley de Divorcio en 1986, que simplificó el procedimiento de la anterior. En ella se establece que cualquiera de los dos cónyuges puede iniciar el proceso de divorcio o demandarlo conjuntamente. Por una parte, con la nueva ley se establece un divorcio “sin culpa”, consistente en la ausencia de convivencia de ambos cónyuges durante al menos un año (a diferencia de los tres años que exigía la ley de 1968). Por otra parte, se prevén los supuestos con culpa, como por ejemplo los motivados por una adicción o el abandono. Además de los indicados, dicha ley mantiene otros motivos para el divorcio que figuraban inicialmente en la Ley de 1968:

- 1) Adulterio.
- 2) Convicción de un delito sexual.
- 3) Bigamia.
- 4) Crueldad física o mental.

Además, si bien la Ley de Divorcio de 1986 se estandariza en toda Canadá, cada provincia regula un procedimiento propio para obtener el divorcio ante los tribunales.

La legislación que ofrece Canadá para el divorcio recuerda en buena medida a la de Australia y a la de Reino Unido, dadas las raíces jurídicas, culturales y sociales comunes. Por una parte, se asemeja a Australia al tener un modelo de divorcio sin causa en el que es necesaria la separación o ausencia de la convivencia durante un año, como prueba de que el matrimonio se ha roto y no puede proseguir. Por otra parte, si bien la regulación canadiense se diferencia de la del Reino Unido en el período de separación exigido, resulta similar en el supuesto de divorcio por culpa, al incluir el sistema canadiense el adulterio y los delitos sexuales.

Para tratar la custodia, debemos atender de nuevo a la Ley de Divorcio de Canadá, en la que se establecen los principios básicos que debe seguir el juez para adoptar la decisión de otorgar la guarda y custodia de los hijos. A tal efecto, se hace un especial inciso a favor del interés del menor, no decantándose por un tipo de custodia preferente. Por otro lado, la figura de la custodia compartida (*joint custody*) se puede adoptar aun en el caso de no haberse alcanzado un acuerdo previo entre los progenitores.

Según la ley, para tomar la decisión de a quién corresponde la custodia de los hijos, el juez debe valorar la relación entre los padres y el hijo, las habilidades de crianza de cada progenitor, así como su salud mental, física y emocional. También se debe tener en cuenta el horario de los padres e hijos, las relaciones que tienen los hermanos entre sí y la opinión directa de los hijos. Teniendo en cuenta todos estos aspectos, se decide cuál es la mejor situación para los hijos.

Además, en el ordenamiento jurídico canadiense aparecen fórmulas que pretenden favorecer los acuerdos entre los padres, para evitar que sean los tribunales lo que adopten los acuerdos sobre la custodia. Entre aquellas destaca la figura del mediador familiar y las sesiones de educación para padres, dirigidas a explicar a los padres los diferentes

métodos de solucionar los problemas de custodia derivados del divorcio, así como el impacto que puede resultar sobre los hijos.

Por tanto y aunque en términos generales la política de custodia de los hijos en Canadá es similar a la de otros países anglosajones, se distingue precisamente en el aspecto de haber implementado y desarrollado fórmulas que facilitan alcanzar acuerdos entre los padres, recordando en este punto al sistema francés, que también prevé la figura del mediador.

b. Estados Unidos

En Estados Unidos ni el matrimonio ni el divorcio se regulan en una ley federal, sino que cada uno de los Estados que la componen tiene leyes propias sobre el matrimonio y el divorcio. A pesar de ello podemos destacar ciertas similitudes en las leyes estatales entre sí. La principal es que todos reconocen tanto el divorcio sin culpa (*no-fault divorce*) como el divorcio con culpa (*fault divorce*). Aunque el divorcio con culpa había sido históricamente reconocido a lo largo del territorio nacional, el divorcio sin culpa tuvo una implantación posterior. Así, por ejemplo, la Ley de Derecho Familiar de California (*California's Family Law Act*) de 1969, que entró en vigor el 1 de Enero de 1970, introdujo el divorcio sin culpa por primera vez en un Estado de EE.UU. Progresivamente, el resto de Estados fueron siguiendo el ejemplo californiano. Tan solo trece años después, en 1983, todos los Estados, salvo Dakota del Sur y Nueva York, habían reconocido el divorcio sin culpa. Finalmente, a día de hoy, todos los estados de EE.UU. han permitido este modelo de divorcio, siendo Nueva York el último en adoptarlo en 2010.

La adopción del modelo de divorcio sin culpa está siendo cada vez más común en los EEUU, pues no son necesarias las alegaciones ni las pruebas de culpa, por lo que el coste del divorcio es menor. Generalmente este modelo de divorcio lo puede solicitar únicamente una parte, pues sólo en tres Estados (Misisipi, Dakota del Sur y Tennessee) se requiere el consentimiento mutuo para otorgar este tipo de divorcio.

Aunque es cierto que en función del Estado los motivos para obtener el divorcio sin culpa varían, en las diferentes legislaciones suelen aparecer unos motivos específicos o propios para esta clase de divorcio. Los motivos más repetidos en estos casos son: incompatibilidad, diferencias irreconciliables y ruptura inevitable del matrimonio. Normalmente se exige un periodo de separación entre los cónyuges que varía en función de cada Estado.

En cuanto al divorcio con culpa, pese a ser más costoso, es más rápido al poder prescindirse del periodo de separación de los cónyuges que sí. Además, a través del divorcio con culpa, la parte que lo solicita puede verse beneficiada económicamente para compensar los males causados por la parte acusada durante el matrimonio.

Como en el caso del divorcio sin culpa, la regulación del divorcio con culpa varía en función de la legislación de cada Estado, pero se pueden apreciar unas motivaciones comunes. Las principales son el adulterio, la crueldad, el abandono, enfermedad mental y condena criminal, en principio más comunes. También hay otras como la adicción al alcohol o a las drogas, impotencia, esterilidad u homosexualidad (para parejas heterosexuales).

Aparecen formas de defensa para el divorcio con culpa, para evitar la calificación de “culpables”. Lo negativo es que éstas son más costosas, prolongan el proceso y no suelen ser muy prácticas, pues en la mayoría de casos se acaba otorgando el divorcio. Algunas formas de defensa que aparecen en las legislaciones distintas estatales son la colusión, la condonación o la recriminación. Otra forma de defensa es la propia reconciliación entre los cónyuges, que tiene elementos parecidos a la condonación.

Como ocurría en Canadá y Francia, en Estados Unidos se incluyen fórmulas para facilitar divorcios de mutuo acuerdo, rebajando la tensión familiar ocasionada. Destacamos el divorcio colaborativo, donde las partes cuentan con la asistencia de un especialista financiero neutral y/o de un asesor para intentar lograr un acuerdo, manteniendo en todo momento la confidencialidad, así como el divorcio con mediación, donde cuentan con la ayuda de un mediador, pudiendo estar presentes o no los abogados de las partes.

En lo relativo a la custodia, si bien la legislación varía en función de cada Estado, Estados Unidos es considerado un país referente en el mundo en este punto al ser el primero que implementa el modelo de custodia compartida (*joint custody*) y en el que más se han investigado los efectos psicológicos que puede tener sobre los hijos la custodia compartida.

Antes de profundizar es necesario aclarar que en EEUU se distinguen dos tipos de custodia compartida, la legal y la física. Mientras la primera consiste principalmente en la toma de decisiones importantes sobre el hijo de manera conjunta, partiendo ambos padres en posición de igualdad (aunque solo uno tenga la custodia física), en la segunda los padres, además, comparten el alojamiento y el cuidado del niño.

Respecto a la custodia compartida legal, se introdujo en Carolina del Norte en 1957, siendo adoptada por la mayoría de Estados progresivamente en la década de los años 80. La ventaja que supone este tipo de custodia es que las decisiones sobre la crianza de los hijos serán conjuntas, incluyéndose una amplia gama de aspectos, como la escolaridad, la espiritualidad, el ámbito deportivo, entre muchos otros. La custodia compartida física, pese a ser un término jurídico diferente, incluye por su propia definición a la custodia compartida legal, no siendo posible que si se da la física, no se dé la legal.

Por otra parte, para tratar la custodia compartida física debemos saber que es el modelo que más se ajusta a lo que los ordenamientos jurídicos europeos (como el nuestro) entienden como “custodia compartida”. Se implementa más tarde en las legislaciones de los distintos Estados, siendo el primero de ellos el de California. Progresivamente se ha incrementado el número de Estados que la reconocen como modalidad independiente, llegando incluso a señalarla como modelo preferente (así, Oklahoma y Maine).

La custodia compartida física exige que los hijos estén con cada uno de los padres por “periodos significativos”, consiguiendo así un contacto frecuente y continuo. En función del Estado, estos “periodos significativos” pueden referirse a pasar un tiempo sustancialmente igual, como en Arizona, Georgia y Luisiana, mientras que en otros no es necesaria esta igualdad, bastando con el contacto frecuente y continuo, siendo el caso de Alabama, California y Texas. Una tercera vía, por ejemplo, es la que sigue el Corte Suprema de Nevada, que definió la custodia física conjunta como aquella en la que cada padre está al menos el 40% del tiempo con sus hijos.

3. Consecuencias

En primer lugar, analizaremos los efectos económicos del divorcio en términos generales, para posteriormente analizar las consecuencias de tipo económico y psicológico en función de la modalidad de custodia. Las consecuencias derivadas tanto de las políticas de divorcio como de la custodia son muy amplias, por lo que nos centraremos en las principales.

1) Divorcio

a. Consumo y Ahorro en la familia.

La primera consecuencia de las políticas favorables a permitir el divorcio que vamos a tratar es el aumento inmediato del consumo. Históricamente, la familia matrimonial, compuesta por el matrimonio, sus hijos y, en ocasiones, otros parientes, había servido como un agente económico que fomentaba el ahorro, al repartir los gastos habituales entre los miembros de la familia, constituyendo un núcleo familiar. En contraste, con la proliferación de las políticas aperturistas con la institución divorcio, el elemento ahorrativo derivado del uso común de los bienes familiares desaparece. Se constituyen unidades familiares separadas, una por cada cónyuge, actuando cada una de ellas como independientes para la realización del consumo, con las excepciones que más adelante mencionaré, pero no pudiendo colaborar directamente en el ahorro familiar.

Uno de los elementos más explicativos del aumento del consumo reside en los actos de disposición sobre la vivienda habitual de la familia y del mobiliario ordinario y otros bienes comunes de la unidad familiar. Para que uno de los cónyuges pueda disponer de la vivienda con el objetivo de atender de la mejor forma posible el interés de los menores tras un divorcio con hijos, será preciso que el otro cónyuge abandone esa vivienda. Dicho cónyuge, una vez abandona la vivienda, necesitará obtener una nueva, ya sea adquiriéndola, ya sea arrendándola, además de precisar la obtención de un ajuar inmobiliario familiar propio.

Con la necesidad de costearse a medio plazo gastos para adquirir o alquilar una vivienda, obtener un ajuar familiar propio, así como (probablemente) pagar una pensión compensatoria y de alimentos al cónyuge que se ha quedado con la custodia de los hijos, los gastos de dinero que se realizarán serán muy superiores a los que se hubieran realizado sin producirse el divorcio, lo que se empobrecen las unidades familiares resultantes de dicha separación.

De hecho, si bien históricamente la familia formaba una institución social básica como unidad de consumo, no podemos olvidar que también ejercía como un cauce para la conservación del poder económico y de la riqueza. Esto se relaciona con la ley económica básica que establece que el ahorro es la diferencia entre la renta y el consumo. Esta relación provoca la consecuencia lógica de que, si aumenta la propensión marginal al consumo en una sociedad, disminuya la propensión marginal al ahorro, al ser inversamente proporcionales.

De esta forma, al aumentar el consumo como consecuencia directa de la proliferación de los divorcios, el ahorro disminuye en la misma medida. Incluso, llegados

al caso de que el consumo aumentara por encima de las posibilidades de la unidad familiar, se daría la situación de que no se genera ahorro, sino endeudamiento.

Precisamente, si atendemos a las estadísticas, la realidad de la sociedad española refleja los patrones citados. El ahorro familiar se ha reducido considerablemente, si bien partíamos de unas tasas de ahorro muy elevadas debido a la situación de crisis previa¹.

En los últimos años las unidades familiares han gastado por encima de sus posibilidades, creciendo la deuda de las familias a un ritmo superior que el que había antes de la crisis². El auge del consumo es tal que el Banco Central Europeo (BCE) y la Comisión Europea llamaron la atención a España en su informe sobre el sector financiero español publicado a principios de julio de 2018³.

Además, debemos aclarar que este crecimiento del endeudamiento no es algo generalizado en la economía española, sino que incide especialmente en las familias. Por ejemplo, comparándolo con préstamos para créditos comerciales o industriales, podemos observar cómo éstos mantienen desde hace tiempo un ritmo descendente, mientras que el endeudamiento familiar sigue creciendo⁴.

Este efecto sobre el ahorro es una consecuencia a largo plazo de la proliferación del divorcio. Se ha producido un cambio de mentalidad en el que se deja de considerar a la familia como un medio para poder conservar la riqueza. Una de las características principales que servía para la subsistencia de los individuos era la “solidaridad familiar”, al ser una unidad económica imprescindible para distribuir los alimentos a los descendientes y legarles las posesiones para que ellos siguieran el mismo ciclo. Sin embargo, esta solidaridad característica de la familia es uno de los pilares que peor se han adaptado al sistema capitalista actual caracterizado por el individualismo competitivo.

Este carácter de solidaridad familiar se refleja en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 67 del Código Civil, en virtud del cual los cónyuges tienen un deber imperativo de ayuda mutua, entendido en un sentido amplio, pudiendo incluirse la obligación de ayudar al otro en su negocio o profesión. De este mismo derivará el deber de contribuir al levantamiento en las cargas familiares del artículo siguiente, el 68 del Código Civil, también reflejado en el artículo 187 del Código de Derecho Foral Aragonés (Lacruz, 2017). Lógicamente, estos “deberes familiares” no tienen la posibilidad de poder exigir su cumplimiento de forma específica, pero sirven como guía o desiderátum relativos al valor y la utilidad que ha tenido históricamente y tiene la familia (Serrano y Bayod, 2016).

¹ Artículo de “Valencia Plaza”: “Aviso a navegantes: el ahorro familiar cayó un 1,6% en 2018, hasta los 2,15 billones”. <https://valenciaplaza.com/aviso-a-navegantes-el-ahorro-familiar-cayo-un-1-6-en-2018-hasta-los-2-15-billones> (Consulta 08/05/2019).

² Artículo de “El País”: “La deuda de las familias crece al ritmo más alto desde antes de la crisis”. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/08/01/midiner/1533115609_157598.html (Consulta 08/05/2019).

³ Artículo de “Expansión”: “BCE y Comisión advierten del incremento del crédito al consumo en España”. <http://www.expansion.com/empresas/banca/2018/07/06/5b3f8c34e2704e9c068b464d.html> (Consulta 08/05/2019).

⁴ Artículo de “El Cronista”: “Crece el endeudamiento familiar y los comercios le escapan a los créditos”; <https://www.cronista.com/finanzasmercados/Crece-el-endeudamiento-familiar-y-los-comercios-le-escapan-a-los-creditos-20190406-0004.html> (Consulta 08/05/2019).

Otra consecuencia de que el matrimonio servía como elemento conservador y aglutinador de la riqueza, por otro lado muy característico de la comunidad autónoma aragonesa, es la denominada “viudedad aragonesa”. Se trata de una institución que mantenemos desde mediados del siglo XIII basada en el derecho expectante que tiene un cónyuge sobre el otro para que, en el momento en el que uno de ellos fallezca, el que sobreviva tenga derecho al uso y disfrute de los bienes del difunto. Lógicamente, esta viudedad es contemplada como una prestación económica que recibe el cónyuge superviviente para compensar su pérdida. Sin embargo, como es lógico, este derecho se extingue con la disolución del matrimonio, por lo que su retroceso en los últimos años se explica en buena medida por el aumento exponencial de los divorcios.

b. Asistencia Familiar.

Relacionado con el concepto de “solidaridad familiar”, conviene traer a colación otro de los usos históricos que ha tenido la familia: las funciones asistenciales. Con carácter previo al auge de los Estados de bienestar, la familia había sido la principal fuente de funciones asistenciales a los individuos integrantes de la misma. Entre los miembros de la familia se realizaban labores como la crianza de los más jóvenes y el cuidado de los mayores. A día de hoy, si bien es cierto que afortunadamente hemos avanzado en el ámbito social del Estado democrático y de derecho y muchas de las funciones asistenciales que antes tenían que dispensarse intrafamiliarmente de manera obligatoria, como pueden ser la educación, son proporcionadas por el Estado, no podemos olvidar que ni todas las prestaciones pueden ser cubiertas por el Estado ni todos los países reconocen el mismo tipo de prestaciones.

Gracias a los avances conseguidos muchas veces olvidamos la importancia fundamental que tienen las funciones asistenciales que aún se desarrollan en el ámbito de muchas familias. En el mundo occidental la esperanza de vida ha crecido en gran medida en los últimos años, teniendo una proyección ascendente para el futuro. De hecho, España representa muy bien esa dinámica, pues en 2040 se convertirá en el país con mayor esperanza de vida en el mundo⁵. Sin embargo, debemos plantearnos cómo se les podrá dispensar a la tercera edad y a las clases pasivas las funciones asistenciales que antes se cubrían con el citado “deber de ayuda mutua” que refleja nuestro Código Civil.

Es difícil calcular cuánto se ahorran los países en servicios sociales con la mera ayuda y cuidado mutuo que se prestan los cónyuges, creciendo dicho valor de manera exponencial con el paso de los años. Incluso en España, que tiene un modelo de protección social caracterizado por proveer ayudas sociales y todo tipo de prestaciones a las personas mayores, como pensiones de jubilación no contributivas, el valor que se prestan intrafamiliarmente los cónyuges es inestimable.

Analizando la situación a largo plazo, debemos ser conscientes que en la sociedad española en la que los matrimonios tienen una duración media estimada de 17 años⁶,

⁵ Artículo de “El País”: “España será el país del mundo con mayor esperanza de vida en 2040”. https://elpais.com/sociedad/2018/10/16/actualidad/1539678495_813483.html (Consulta 08/05/2019).

⁶ Artículo de “Antena 3”: “Sube el número de divorcios en España: un matrimonio dura de media 17 años”. https://www.antena3.com/noticias/sociedad/sube-el-numero-de-divorcios-en-espana_201809245ba909af0cf22a61149587b2.html (Consulta 08/05/2019).

siguiendo la dinámica occidental, en pocas décadas tendremos una gran masa de personas mayores que no podrán proveerse de estas funciones asistenciales básicas si se mantiene la situación de divorcio. Hay que ser conscientes que las ayudas asistenciales constituyen un “sistema mixto” (Serrano y Bayod 2016), en el que una parte se dispensa por el Estado de bienestar y otra parte la pone a su disposición la unidad familiar, convertida de ese modo en una institución social básica.

Esta dinámica la podemos apreciar a día de hoy con algunos indicadores representativos como puede ser el crecimiento del sector de las residencias para la tercera edad. Las personas asistencialmente dependientes se ven obligadas a acudir a centros específicos, bien sean centros de asistencia diurna, bien residencias. Este sector se ha incrementado en gran medida en los últimos años⁷, pues se les unen los dos factores citados, es decir, la prolongación de la esperanza de vida y la ausencia de ayuda asistencial familiar de las personas divorciadas.

Pese a ello, no toda la población puede permitirse acudir a residencias o centros de asistencia diurna dado su carácter generalmente privado, por lo que probablemente la problemática derivada de la ausencia de estas funciones asistenciales aumente con el transcurrir del tiempo.

c. Natalidad.

Históricamente la familia había servido como subsistencia de la sociedad, al posibilitar el nacimiento de nuevos ciudadanos y ofreciendo un marco adecuado para el desarrollo integral como persona y su integración armónica en el cuerpo social (Lacruz 2017). Dicha familia era articulada a través de un vínculo familiar que unía a los cónyuges, si bien es cierto que este concepto ha evolucionado con el paso del tiempo, pues a día de hoy está normalizado tener hijos extramatrimonialmente. De hecho, desde el punto de vista legal se reconoce la situación de igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales como un derecho de nuestra Constitución (artículos 14 y 39).

Sin embargo, no cabe duda de que el matrimonio sigue siendo la principal herramienta para el fomento de la natalidad. En términos legal, pese a la equiparación total en derechos, los hijos nacidos dentro del matrimonio ostentan diversas ventajas sobre los extramatrimoniales. Por ejemplo, los mecanismos para determinar la filiación de los hijos matrimoniales son principalmente extrajudiciales, siendo el principal mecanismo la presunción de paternidad del marido. Estos mecanismos extrajudiciales no se aplica para la filiación de hijos extramatrimoniales puesto que se requiere normalmente mecanismos judiciales.

Además, también hay que tener en consideración la ventaja que puede suponer para un núcleo familiar el establecimiento de un régimen económico matrimonial, es decir, las reglas que determinan y delimitan los intereses económicos que rigen las relaciones entre los cónyuges y de éstos con terceros. Las parejas de hecho no disponen de este régimen, si bien pueden realizar pactos económicos. La autonomía de la voluntad que caracteriza a este tipo de parejas hace inviable fijar un régimen económico matrimonial.

⁷ Artículo de “Inforesidencias”: “Continua creciendo en España el sector de residencias para la tercera edad”. <https://www.inforesidencias.com/contenidos/noticias/nacional/continua-creciendo-en-espa-a-el-sector-de-residencias-para-la-tercera-edad> (Consulta 08/05/2019).

No obstante, más allá de estas diferencias en nuestro sistema normativo, no cabe duda que es preferible favorecer el matrimonio para tener hijos no solo por las cuestiones económicas reseñadas, sino también por la facilidad de los progenitores para ejercer los derechos y cumplir con los deberes que les corresponden respecto de la filiación, sobre todo si sus descendientes son menores de edad. Por ejemplo, los deberes que tienen los padres de velar por sus hijos (artículo 5.1 CDFA) o el derecho a visitarlos y relacionarse con ellos (artículo 60 del CDFA) son casos claros en los que el cumplimiento de estos deberes/derechos es más fácil si el vínculo matrimonial subsiste. De la misma forma, estos derechos de los padres a relacionarse con los hijos son recíprocos y también están recogidos en nuestro ordenamiento jurídico.

El cumplimiento de ese entramado de derechos y deberes será más gravoso en el caso de que el vínculo conyugal se encuentre disuelto a causa de un divorcio. Incluso la propia ley tiene que aclarar que los padres deben seguir cumpliendo estos deberes “*aun cuando vivan separados*” (artículo 59 del CDFA). Claramente, el cumplimiento de los padres con los deberes respecto a sus hijos, si bien tiene carácter preceptivo, se encuentra mucho más condicionado desde el momento en el que no forman un mismo núcleo familiar con la madre de éstos.

Por lo tanto, podemos afirmar que existe una relación inversa entre la natalidad y el número de divorcios en un país. Por lo razonamientos expuestos, podemos concluir con carácter general que los potenciales padres preferirán tener a sus hijos dentro del matrimonio, antes que ser pareja de hecho o ni siquiera formar pareja. Precisamente la ley se articula para facilitar que los matrimonios sirvan como núcleos familiares para tener descendencia y cumplir con estos derechos y deberes.

De esta forma, la disolución progresiva de los matrimonios en nuestra sociedad agrava aún más el problema natalista que atraviesa el mundo desarrollado sin perjuicio de los casos en los que el divorciado pase a formar un nuevo estado matrimonial con terceros. La dificultad de todo para establecer un núcleo familiar ha contribuido de modo constante de caída de la natalidad que en los últimos años ha registrado los niveles más bajos desde la posguerra⁸.

La natalidad se presenta como uno de los grandes retos que van a tener que asumir las sociedades desarrolladas, sino el más grande. Es muy clara la relación directa entre el descenso de la natalidad y el aumento del número de divorcios en estas sociedades. Para medir el problema natalista no debemos acudir al aumento o descenso de la población de un país, pues estas cifras pueden ser engañosas por los saldos migratorios, sino que para poder apreciar el nivel de incidencia que tiene la proliferación del divorcio el mejor indicador sería la tasa de hijos por cada mujer.

Para contextualizar el problema debemos señalar que la tasa mínima de hijos por mujer que permite mantener una sociedad de modo sostenible en cuanto a población es de 2,1 hijos por mujer pasa asegurar la sustitución biológica entre padres e hijos. Sin embargo, en los principales países del mundo desarrollado esta cifra se sitúa por debajo

⁸ Artículo del “ABC”: “*La natalidad en España se encuentra en su nivel más bajo desde la posguerra*”. https://www.abc.es/espana/abci-natalidad-espana-encuentra-nivel-mas-bajo-desde-posguerra-201812111839_video.html (Consulta 08/05/2019).

de los 2 hijos por mujer. De acuerdo con los datos ofrecidos por el Banco Mundial⁹, en España el dato se sitúa en torno a 1,3 hijos por mujer, siguiendo la dinámica de países de su entorno, como Italia, país que refleja cifras muy parecidas.

Encontramos excepciones de países desarrollados en los que ha proliferado el número de divorcios, pero que aún así registran datos “aceptables” en sus tasas de hijos por mujer. El ejemplo más claro es el de Francia, que en los últimos años ha registrado una tasa de hijos por mujer de en torno a 2. No deja de resultar paradójico que el primer país que reguló el divorcio en la historia, con el Código Civil Francés de 1804, esté por delante en natalidad que sus homólogos europeos y norteamericanos. Sin embargo, atendiendo a la composición demográfica francesa podemos justificar esta “alta” tasa de hijos por mujer debido su gran porcentaje de población francesa de nacimiento, pero pertenecientes a familias que llegaron a través de la migración de las colonias en la segunda mitad del siglo XX.

Si bien las políticas francesas sociales favorables a la natalidad deben tener un impacto en esa tasa de hijos por mujer¹⁰, gran parte de ello se debe a inmigrantes de 2ª y 3ª generación de origen árabe o magrebí, que representan constituye un relevante grupo social dentro de la población francesa y quienes tienen porcentualmente un elevado número de hijos. Precisamente, si bien este grupo se encuentra en un proceso de occidentalización, las cifras de divorcio entre el mismo suelen ser notablemente inferiores, al valorarse más el aspecto religioso que el propiamente afectivo.

Por lo tanto, en el caso francés las cifras del número de divorcios y de natalidad no reflejan la tendencia observada en el caso español, la cual coincide en lo sustancial con el resto de países occidentales por lo anteriormente expuesto. Es decir, en líneas generales esta dinámica en el aumento del divorcio y en el descenso de la tasa de natalidad se cumple en la mayoría de países del mundo desarrollado y, por ende, se puede constatar una relación directa entre el descenso de la natalidad y el aumento del número de divorcios.

d. Adopción.

Relacionada con la natalidad, la adopción incide directamente en la capacidad de creación de núcleos familiares. Ésta, siendo un acto jurídico que crea un vínculo de parentesco entre personas, es un elemento básico de un Estado para reestructurar situaciones familiares. De nuevo, es un fenómeno que se halla directamente afectado por la regulación del divorcio, al estar muy condicionada a la existencia de una estructura familiar. Podemos abordar este aspecto desde diferentes ámbitos.

Por un lado, se puede abordar la perspectiva de la adopción desde la diferencia que hay entre una adopción unipersonal y una adopción conjunta. Por otro lado, se puede diferenciar, dentro de la adopción conjunta, las ventajas que supone que sea una adopción

⁹ Cifras obtenidas del Banco Mundial <https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN> (consulta: 05/08/2019).

¹⁰ Artículo de “La Información”: “*Francia, líder en natalidad, debe ser el espejo de España, a la cola en ayudas*” https://www.lainformacion.com/mundo/francia-lider-en-natalidad-debe-ser-el-espejo-de-espana-a-la-cola-en-ayudas_8nP8HsPwYSeyo2S6BDnIi5/ (Consulta 08/05/2019)

realizada entre cónyuges frente a una realizada por una pareja de hecho unida en una relación análoga de afectividad.

En primer lugar, partimos de la base de que desde la legalidad están permitidas tanto la adopción unipersonal como la realizada de forma conjunta. No obstante, la adopción supone un proceso complicado en el que el Estado se debe asegurar de que la persona o personas elegidas como adoptantes puedan ofrecer las condiciones de acogida más favorables a los menores. En España, una Entidad Pública de protección de menores deberá valorar la idoneidad de quienes presenten su propuesta de adopción.

En la práctica el proceso de adopción resulta realmente complejo, pero particularmente es muy difícil lograr una declaración de idoneidad si se pretende conseguir una adopción unilateral¹¹. Para las entidades encargadas de la protección del interés de los menores resulta determinante el hecho de que los adoptantes presenten un núcleo familiar estructurado que pueda garantizar las condiciones citadas anteriormente. Por ello resulta tan complejo que una persona adopte de manera unilateral a un hijo, al presentar, por lógicas razones, menores garantías de poder atender por sí solo todas las necesidades que tendrá el adoptado.

En segundo lugar, podemos analizar las diferencias que se presentan en la práctica entre los matrimonios y las parejas de hecho. Es cierto que desde una perspectiva legal, no es relevante el hecho de que en una adopción conjunta medie matrimonio entre los adoptantes. Sin embargo, partiendo del hecho de que los procesos de adopción adolecen de complicaciones para confirmar la idoneidad de los adoptantes, demostrar estabilidad para el futuro adoptado se agrava más en una pareja de hecho que en un matrimonio.

2) Custodia.

Una vez analizado el papel que desempeña el divorcio en la economía de las familias de los países desarrollados, pasamos a analizar la relevancia que juega para la economía el tipo de custodia preferente que establezcan los ordenamientos jurídicos de los países occidentales. Este análisis se realizará en términos comparativos entre la situación creada cuando se produce una custodia compartida y la que se da cuando la custodia es monoparental.

Si bien las diferencias que podríamos enumerar entre las situaciones económicas creadas por una custodia compartida y una monoparental serían muchas, vamos a desarrollar también las cuatro más relevantes: los gastos de asistencia a los hijos, la atribución del uso de la vivienda, las horas de trabajo remuneradas por los ex-cónyuges y las horas destinadas al cuidado del hogar. Además, abordaremos dos consecuencias relacionadas con el desarrollo psicológico de los menores tras el divorcio, siendo éstas el bienestar de los menores tras el divorcio y las posibles conductas de riesgo que pueden tener en función del tipo de custodia.

¹¹ Artículo de “El Diario”: “*Por qué adoptar es cada vez más difícil*”. https://www.eldiario.es/sociedad/adopcion-adopcion_nacional-adopcion_internacional-idoneidad-Convenio_de_La_Haya_0_240426108.html (Consulta 08/05/2019)

a. Gastos de asistencia a los hijos.

Los gastos de asistencia a los hijos a cargo constituyen una de las manifestaciones del deber que tienen los padres de contribuir económicamente de manera proporcional a satisfacer el mantenimiento y desarrollo de sus hijos. Esta asignación económica se determina por el Juez en caso de divorcio o separación en función de las necesidades de los hijos, denominándose pensión de alimentos, y se establece, como es lógico, en función del régimen custodia de tales hijos.

El régimen de custodia será el factor más relevante para determinar si es necesario fijar un pago periódico de los mismos. Otro complementario a éste es la capacidad económica que tienen los progenitores de modo independiente. En el caso de la custodia monoparental, los gastos ordinarios los realiza el padre custodio, imponiéndose al otro la obligación de costear los alimentos y otras necesidades de los hijos (normalmente de forma mensual, actualizable anualmente y modificable por causas y concurrencias relevantes). Por el contrario en la custodia compartida cada padre se hace cargo de los gastos de manutención y alojamiento de sus hijos en los periodos en que éstos se encuentran en su compañía. En los casos en los que hay acuerdo, se produce la práctica de crear una cuenta bancaria común por parte de ambos cónyuges en la que introducen dinero periódicamente (de forma igualitaria o proporcional a sus ingresos) para satisfacer los gastos ordinarios y extraordinarios derivados de los hijos. En este régimen es mucho menos frecuente el pago de pensión de alimentos a los hijos por un padre al otro, si bien puede tener lugar en supuestos de notable desequilibrio patrimonial durante los periodos de convivencia con el progenitor de menor capacidad económica (Serrano y Bayod 2016).

La diferencia económica entre estas dos situaciones es la existencia por regla general o no de una pensión de alimentos para satisfacer los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos menores de edad (e incluso mayores de edad en tanto carezcan de independencia económica y convivan con su progenitor). Para poder analizar esta diferencia, debemos conocer qué efectos tiene el pago a través de una pensión de los gastos de asistencia de los hijos.

El pago de una pensión por parte de un progenitor al otro supone condicionar a una de las dos partes a abonar una prestación de manera periódica. Este pago es lógico y obligado, puesto que el abono de los gastos debe ser “proporcional” y cada uno de los padres debe de contribuir en relación a los ingresos que genera. Sin embargo, pese a que se produzca una situación económica totalmente precaria para el progenitor no custodio, no se producirá una exoneración de esta pensión (sí reducción), debiendo cubrir un mínimo vital indispensable para el cuidado de los hijos. En ocasiones, la situación es tan dramática que se le suspende a dicho cónyuge la obligación de cumplir con el sostenimiento económicos de los hijos de manera temporal.

Parece lógico que en numerosas ocasiones se creen este tipo de situaciones desesperadas pues, tras otorgarse una custodia monoparental y permanecer en el hogar familiar los descendientes con el custodio, el ex cónyuge no custodio no siempre dispone de otra residencia propia y debe buscar alternativas para obtener una solución habitacional, así como obtener unos ingresos suficientes para sufragar sus gastos personales y su parte proporcional de los gastos de asistencia de los hijos. Por otro lado, en aquellos casos en los que el no custodio era propietario del hogar familiar en el que se

han quedado los hijos menores de edad, la residencia en un inmueble de su propiedad puede servir como un tipo de asignación “en especie”.

Frente a esta precaria situación que se puede derivar de los casos de la custodia monoparental en cuanto implica un mayor esfuerzo económico para progenitor que abandona el hogar familiar, pasamos a analizar los supuestos de custodia compartida. En estos casos, la propia convivencia por periodos relativamente equivalentes genera que cada padre se haga cargo de la proporción de gastos asistenciales que le corresponden. De esta forma, ninguno de los dos debe abonar en principio una pensión de alimentos de los hijos menores. Ésta será únicamente necesaria en aquellos casos en los que se produzca un desequilibrio económico notable entre los dos cónyuges, al deberse efectuar el pago de los gastos citados de manera proporcional. Pese a ello, como adelantaba, es común en la práctica que se cree una cuenta bancaria común para dejar constancia de los gastos realizados y que, en el caso de que la situación económica entre los progenitores sea absolutamente desequilibrada, el cónyuge con mayor cantidad de recursos económicos abone una cantidad superior en la cuenta común para los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios para los hijos, aunque sin la necesidad de que se imponga un pago obligatorio periódico.

No cabe duda de la situación generada en los casos de custodia compartida es mucho más sólida económicamente para crear núcleos familiares estables. En efecto, tener que destinar una parte constante del caudal de un cónyuge (el no custodio) que, de por sí, tiene que buscar un nuevo hogar, supone la creación de una situación complicada en términos económicos al incrementarse las necesidades y obligaciones del cónyuge no custodio. En cambio con la custodia compartida normalmente no es necesario establecer esta pensión de forma periódica sino que, al disponer una cuenta común para los gastos, se genera una situación más estable, sin necesidad de acudir los tribunales para imponer los pagos.

b. Atribución de la vivienda familiar.

En segundo lugar, vamos a tratar las diferencias que se producen acerca de la atribución de la vivienda familiar en función del tipo de custodia otorgada. La vivienda a la que nos referimos es la vivienda familiar en el momento de la ruptura, el lugar donde los progenitores y la mayor parte de la familia convivían habitualmente. Esta vivienda es única, no pudiendo atribuirse el uso de vivienda o locales distintos al domicilio familiar. Ésta se aplicará con independencia del régimen de bienes del patrimonio o del título que ostente el titular o titulares de la vivienda, si bien es cierto que habrá casos en los que se limite esta atribución de la vivienda, como si nos encontráramos ante un arrendamiento.

Además, la atribución del uso de la vivienda es un derecho con un claro contenido patrimonial y se tendrá en consideración para fijar la cuantía de la contribución de los padres a los gastos de asistencia de los hijos (Serrano y Bayod 2016). También debemos tener en cuenta que el fundamento de la atribución de la vivienda se cumple cuando hay hijos menores con el fin de proveerles habitación, no siendo aplicable a los mayores (aun si fueran dependientes económicamente de sus padres), pues tienen la libertad de decidir si vivir con sus padres o no, y ya no quedan sujetos a un régimen de custodia.

Respecto a la atribución de la vivienda, ésta debe hacerse para satisfacer el derecho de los hijos menores, teniendo en especial consideración el tipo de custodia que se ha

establecido (Lacruz 2017). En el caso de la custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a la vivienda, si bien, en su defecto, deberá decidir el Juez el destino de la vivienda en función del interés superior del menor. También se puede dar el caso de adjudicar la vivienda familiar con alternancia en ella de los padres custodios, aunque es un supuesto menos común.

Por lo tanto, en la custodia compartida la vivienda se atribuye en función de cuál de los dos cónyuges puede tener mayor dificultad por razones objetivas para obtener una vivienda. Desde el punto de vista de que los dos cónyuges van a estar con el menor durante periodos de tiempo similares, resulta lógico que se procure asegurar que sea el cónyuge con menos recursos económicos el que pueda disponer de una vivienda, asegurando que el menor de edad se encuentre siempre en domicilio seguro.

Por el contrario, resulta mucho más sencillo determinar quién se queda con la vivienda en el caso de que se produzca una custodia monoparental: se le atribuirá el uso de la vivienda familiar al cónyuge que sea responsable de la custodia del hijo, salvo que excepcionalmente el mayor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. De nuevo, la atribución del uso de la vivienda se aplica por lógica para fomentar el interés superior del menor, puesto que el miembro de la pareja que se queda con el menor tiene garantizada la atribución de la vivienda y puede disfrutar también del ajuar familiar, quedando igualmente ambas cosas a disposición del menor.

La atribución de la vivienda tiene un claro contenido económico, ya que el titular de la vivienda deberá asumir que en el caso de que no le corresponda la custodia monoparental, aunque tenga menores dificultades para obtener una vivienda que su pareja, deberá abandonarla hasta que el menor alcance la mayoría de edad (derecho temporal). Por lo tanto, supone un contenido patrimonial claro enfocado a la preservación del interés del menor.

En términos económicos la solución más equitativa es la derivada de la custodia compartida, puesto que para adoptarla es necesario realizar un análisis de la situación económica y patrimonial con que aportar razones objetivas para determinar quién de los dos progenitores ostenta más medios económicos para conseguir una nueva vivienda. De esta forma, el cónyuge que abandona el domicilio de la familia se encontrará en situaciones diversas según la custodia sea compartida o monoparental.

Por un lado, en el caso de tratarse de la custodia compartida, aunque deberá obtener una nueva vivienda (ya sea comprándola, arrendándola o regresando al hogar familiar de al que originariamente pertenecía), en principio no deberá satisfacer una prestación para los alimentos de sus hijos. En tal caso, si bien deberá afrontar presumiblemente los gastos de obtener una nueva vivienda, tenemos la certeza de que de los dos cónyuges, éste era el que más medios económicos reunía para afrontar esta situación de disgregación familiar. De esta forma, aunque tenga que afrontar mayores gastos por obtener una nueva vivienda, se trata de la situación más justa o equilibrada por disponer de medios económicos superiores al del otro cónyuge.

Por otro lado, en el caso de la custodia monoparental, el cónyuge que abandona el domicilio deberá afrontar económicamente la obtención o contribución a los gastos una nueva vivienda, además de asumir los gastos de la prestación para los alimentos de sus

hijos. A priori y en abstracto podemos considerar que se trata de un importe de gastos a satisfacer por cuenta propia superior que en el caso de la custodia compartida. Quedan también por reseñar, aunque no constituyan la regla general, los supuestos en los que la situación económica y patrimonial de los cónyuges sea equiparable, e incluso aquellos en que el miembro de la pareja que cuente con menos medios económicos respecto del otro cónyuge deba afrontar al mismo tiempo los gastos de obtener una nueva vivienda, así como los que le correspondan por la prestación de alimentos de sus hijos que viven con su anterior pareja.

c. Horas de trabajo remuneradas de los ex-cónyuges.

Un factor trascendental para poder optar por la custodia de los hijos es el horario laboral que tienen los padres. Hacerse cargo de la custodia de los hijos implica el compromiso a destinar una gran cantidad de tiempo para garantizar el trato y el cuidado de éstos. Por este motivo, las jornadas laborales amplias se pueden entender como una doble penalización, puesto que no sólo implican un alto nivel de exigencia en el ámbito profesional, sino que también pueden condicionar ampliamente el ámbito personal.

Con el propósito de garantizar el interés del menor, el Juez debe valorar los horarios laborales de los ex-cónyuges y determinar si éstos se pueden ajustar al cuidado del menor por los periodos en los que se hacen cargo del mismo. Desde el punto de vista de la conciliación laboral, la custodia compartida ofrece más limitaciones que la monoparental, debido a que las limitaciones de los horarios laborales afectan a ambos cónyuges y no sólo a uno de ellos. Al tener que disponer del menor por periodos prolongados, la custodia compartida se permite sólo en aquellos casos en los que está garantizada la disponibilidad horaria suficiente como para hacerse cargo de los hijos. Por lo tanto, es más probable que la rigidez en los horarios laborales perjudique más en los casos de custodia compartida que en los de custodia monoparental.

En nuestra jurisprudencia existen numerosos ejemplos en los que podemos apreciar la importancia que tiene la compatibilidad laboral en relación con la obtención de la custodia de los hijos menores. Un ejemplo en el que se rechaza la custodia compartida a favor de una custodia monoparental sería la SAP de Murcia (Sección 4) de 18 de julio de 2012 (Roj: SAP MU 1811/2013). En esta sentencia de la Audiencia Provincial, el Juez establece una custodia exclusiva de la madre en lugar de la custodia compartida, pues afirma que no se cumplen los requisitos necesarios para conciliar los horarios laborales del padre con el tiempo destinado al cuidado del hijo.

El tipo de profesión es uno de los factores que más condiciona la decisión del Juez. Las profesiones del sector servicios suelen ser las que más repercuten en la decisión del Juez al caracterizarse por largos periodos de trabajo¹². Algunos ejemplos serían las profesiones del sector de hostelería, los directivos de empresas o los cuerpos de bomberos¹³. Sin embargo, los Jueces son conscientes de que la custodia compartida no

¹² Artículo de “El País”: “*Un camarero pierde la custodia compartida de sus hijos por sus “largas jornadas” laborales*”. https://elpais.com/sociedad/2019/07/18/actualidad/1563475056_337477.html (Consulta 21/09/2019).

¹³ Artículo de “Diariolaley”: “*Algunas profesiones pueden hacer más difícil conseguir la custodia compartida*”. <http://diariolaley.laley.es/home/NE0001974069/20190718/Algunas-profesiones-pueden-hacer-mas-dificil-conseguir-la-custodia-compartida> (Consulta 21/09/2019).

está destinada exclusivamente a personas desempleadas o con horarios flexibles, sino que debe intentar conciliarse con los horarios de trabajo habituales. En la SAP de Badajoz (Sección 2) de 9 de septiembre de 2019 (Roj: SAP BA 787/2019) se insta a que los padres se sirvan de otros miembros de la familia extensa o de ayuda de terceros para conciliar su trabajo y sus responsabilidades familiares, sirviendo únicamente como ayuda y no como método sustitutivo. En la misma sentencia se afirma. *“la ayuda familiar y la ayuda externa son un medio o complemento para que los padres puedan atender adecuadamente a sus hijos. Hay que verlo como algo lógico y natural. Eso sí, estamos hablando de complementar, no de sustituir al progenitor en los quehaceres que le son propios. La delegación ha de ser puntual, no total. En ese caso, quiebra el interés del menor y hace inviable cualquier tipo de custodia, la exclusiva y la compartida”*.

Podemos encontrar ventajas e inconvenientes tanto de la custodia compartida como la de monoparental con el propósito de valorar cuál es la mejor solución desde el punto de vista económico. Parece lógico considerar que la custodia monoparental aporta más libertad desde la perspectiva económica, pues sólo uno de los ex-cónyuges ve sus horarios condicionados al cuidado y la crianza de los hijos, mientras que en la custodia compartida tanto el padre como la madre deben conciliar sus horarios a los periodos de custodia de cada uno. Siempre va a ser mejor para la economía de los trabajadores que puedan disponer de horarios flexibles y no se vean condicionados por las responsabilidades familiares. Desde esta perspectiva la custodia monoparental ofrece ventajas para fomentar la libertad en el mercado de trabajo.

No obstante, aunque uno de los miembros de la pareja disponga de flexibilidad en sus horarios de trabajo, la custodia monoparental limita ampliamente los horarios que tiene el progenitor que se queda al cuidado de los hijos. De hecho, esta limitación se produce en mayor medida que la que tienen los progenitores en custodia compartida por separado. Por tanto, la custodia compartida también puede ser beneficiosa en casos en los que una de las partes no pueda trabajar por las limitaciones de la custodia exclusiva.

Para solucionar este problema, existen vías legales desde el punto de vista del Derecho Laboral por las que se les garantiza a los trabajadores el derecho a conciliar su vida familiar, personal y laboral. El artículo 34.8 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante “ET”), se garantiza la citada conciliación. El artículo afirma: *“Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”*.

Es clara la intención del legislador de flexibilizar las horas de entrada y salida del trabajo, si bien, de acuerdo con el resto de párrafos del artículo, su concreta regulación dependerá de los respectivos convenios colectivos. Ésta es una de las dos únicas menciones del ET referidas al horario flexible (Álvarez 2018), siendo la otra el artículo 37.8 ET, referido a casos de violencia de género y víctimas de terrorismo.

Para profundizar, debemos realizar dos menciones respecto al apartado octavo que resultan relevantes desde el punto de vista de la custodia. Por un lado, en su segundo párrafo establece que *“en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”*.

Por lo tanto, en el supuesto de que uno de los trabajadores ostente la custodia de los hijos es necesario que solicite la adaptación de su horario laboral en el periodo de tiempo indicado.

Por otro lado, en el penúltimo párrafo del apartado mencionado se indica que lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 del ET, relativo a “Descansos, fiestas y permisos”. El apartado sexto del artículo citado es de nuestro interés, puesto que aborda el derecho a la reducción de la jornada laboral por guarda legal de los hijos. Dicho apartado establece: “*Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella*”. Se trata de otra vía legal para poder conciliar el cuidado de los menores, con la limitación de que sólo se permite hasta que éstos alcanzan 12 años.

Por lo tanto, el Derecho del Trabajo ofrece diversas garantías legales que permiten conciliar la jornada laboral con el cuidado de los hijos. Estas vías pueden ser aplicadas tanto en los casos de custodia monoparental como custodia compartida, ofreciendo más libertad de decisión a los ex-cónyuges para decidir cómo se van a organizar para el cuidado de sus hijos.

d. Horas destinadas al cuidado del hogar

De forma complementaria al apartado anterior, se debe valorar la cantidad de horas destinadas al hogar en ambos tipos de custodia. Lógicamente, las horas destinadas al hogar tras un divorcio son siempre mayores que las que se realizan cuando sólo hay un núcleo familiar. En una situación de divorcio ya no se pueden dividir las tareas del hogar, sino que, al existir dos viviendas (una por ex-cónyuge), cada uno se debe responsabilizar de la totalidad de las labores del hogar. Si bien existe una amplia variedad de labores que se desempeñan dentro de una vivienda, nos vamos a centrar en las destinadas a la crianza. Examinamos únicamente las relativas a la crianza para comparar las situaciones creadas tras la custodia monoparental y la compartida.

En el caso de la custodia monoparental, se produce un desequilibrio entre los ex-cónyuges por el número de horas dedicadas al hogar. El progenitor que se hace cargo del cuidado de los hijos tiene mayores responsabilidades familiares por lo que está obligado a destinar buena parte de su tiempo al cuidado de los hijos, mientras que las horas que dedica la otra parte al cuidado del hogar no se ven afectadas. De esta forma, en la custodia compartida se produce un reparto equitativo de las horas que deben destinar ambos ex-cónyuges al cuidado del hogar, al producirse una equiparación en las horas dedicadas a la crianza de los hijos.

Desde el punto de vista económico, debemos resaltar que el número de horas que cada uno debe destinar al cuidado del hogar guarda una relación inversamente proporcional al tiempo que esa persona tiene para trabajar. De acuerdo con el anterior apartado, los horarios de trabajo de los ex-cónyuges pueden verse condicionados con el propósito de hacerse cargo de sus responsabilidades familiares.

Con el propósito de prevenir los casos en los que las horas dedicadas al hogar por uno de los ex-cónyuges no le permita conciliar su vida laboral con su vida personal, el Juez puede imponer la custodia compartida para dividir el número de horas dedicadas al cuidado familiar. Se trata de una solución usada para evitar los problemas citados anteriormente relativos a la custodia monoparental, pues hay numerosas hipótesis en las que uno de los ex-cónyuges, normalmente la mujer, posee la custodia exclusiva de los hijos y tiene sus horarios muy limitados. Por lo tanto, en ocasiones el Juez prefiere imponer la custodia compartida para permitir la incorporación de las dos partes al mercado laboral¹⁴.

e. Conductas de riesgo de los menores tras el divorcio

A lo largo del trabajo se ha expuesto cómo nuestro ordenamiento jurídico está basado en el principio del “interés superior del menor” (Serrano y Bayod, 2016). De acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (en adelante “Ley de Protección Jurídica del Menor”) el interés superior del menor implica el derecho de éste a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En dicho artículo se indican una serie de criterios generales a los efectos de interpretar y aplicar en cada caso el “interés superior del menor”. A nuestros efectos debemos resaltar que en la enumeración de dichos criterios se incluyen el “*desarrollo del menor*”, el “*entorno familiar adecuado*” y la priorización y preservación de “*la permanencia en su familia de origen y el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor*”. Además, los aspectos mencionados deberán ser ponderados de acuerdo con otros criterios fijados en la misma ley, sin perjuicio de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto, así como de los establecidos en la legislación específica aplicable.

El entorno familiar y las relaciones que mantiene el menor con sus progenitores cambian tras un divorcio. Por esta razón el Juez desempeña una labor transcendental para garantizar el correcto desarrollo del menor y el mantenimiento de sus relaciones familiares. Es un hecho que los hijos de divorciados presentan más problemas de adaptación en comparación con los hijos que viven con ambos progenitores sin rupturas de por medio. En concreto, durante el año siguiente al divorcio los hijos presentan tasas superiores de problemas externalizantes, como la agresión, la delincuencia o el consumo de drogas (Cantón, Cortés y Justicia, 2002).

Con el propósito de evitar estos problemas el Juez debe ponderar adecuadamente el interés superior del menor, determinando correctamente si es mejor para su desarrollo la custodia monoparental o la compartida. En función de las circunstancias de cada caso concreto será más adecuado o conveniente un tipo de custodia o la otra. Para determinar con mayor precisión cuál de las dos opciones es preferible debemos acudir al artículo 2.3

¹⁴ Artículo de “Noticias Jurídicas”: “*La justicia obliga a un padre a implicarse en la custodia de su hija para permitir que la madre se incorpore al mundo laboral*”.

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/14359-la-justicia-obliga-a-un-padre-a-implicarse-en-la-custodia-de-su-hija-para-permitir-que-la-madre-se-incorpore-al-mundo-laboral/> (Consulta 21/09/2019).

de la citada Ley de Protección Jurídica del Menor. Como adelantábamos, en dicho artículo se nos ofrecen una serie de criterios que permiten ponderar el interés del menor. En particular, el primero y posiblemente más relevante de los criterios legales es el relativo a la “*edad y madurez del menor*”.

La edad y el grado de madurez que presenta un menor cuyos padres se han divorciado es trascendental para determinar el tipo de custodia. Si bien la custodia compartida parece acomodarse de forma más adecuada al correcto “mantenimiento de las relaciones familiares” (concepto de interés superior del menor), ésta sólo puede darse cuando resulte positivo para el menor. La intención legislativa es favorecer que el niño mantenga contacto regular con ambos progenitores. El problema reside en que en la ley no establece la diferencia entre las necesidades, por ejemplo, de un bebé de dos meses y las de un adolescente de quince años, al emplear términos genéricos y abstractos. Por esta razón en este trabajo se analizan las diferencias psicológicas que provocan ambos tipos de custodia en función de la edad del menor.

Comenzando por las edades más tempranas, se examina el comportamiento psicológico de los menores de 6 años frente a una separación. Para ello, en el trabajo se tiene en consideración la “Teoría del Apego”, enunciada por John Bowlby, psicoanalista inglés del siglo XX. De acuerdo con esta teoría, un recién nacido necesita desarrollar una relación con al menos un cuidador principal para que su desarrollo social y emocional se produzca con normalidad. Sin tener intención de indagar en ésta, la Teoría del Apego ha permitido estudiar el vínculo madre-bebé, identificar sus patologías y evaluar su influencia en las relaciones afectivas adultas (Barg 2011). John Bowlby afirmaba que el apego se formaría a partir de la necesidad del infante humano de mantener proximidad con ciertas figuras que le provean de lo necesario para su supervivencia. Cuando este sistema se encuentra en pleno funcionamiento el niño puede controlar el acceso a las figuras de apego y mantener un grado de proximidad razonable, incluso en situaciones que no conllevan una amenaza grave (Bowlby 1958).

Si bien se trata de una teoría antigua, ha sentado las bases de numerosas investigaciones científicas relativas a la relación entre los recién nacidos y sus madres. Teniendo en cuenta esta teoría, se puede apreciar la importancia de que goza la relación directa y constante del recién nacido con su madre y de los peligros que puede suponer separarlo de ella en casos de custodia exclusiva del padre o custodia compartida. Por lo tanto, si el divorcio se produce en los primeros años de vida del menor y las circunstancias lo hacen viable, la custodia exclusiva de la madre se trataría de la mejor solución para el adecuado desarrollo psicológico del menor, al permitir a la madre convivir con su hijo por periodos prolongados de tiempo.

Por otro lado, la custodia compartida a edades tempranas puede representar problemas a largo plazo para el desarrollo del menor. De acuerdo a lo anterior, esto es debido al peligro psicológico que supone separar al menor de su madre por largos periodos de tiempo. Por esta razón la custodia compartida a edades tempranas implica asumir un riesgo mayor a padecer trastornos psicológicos que la custodia monoparental.

De acuerdo con una investigación realizada por la Asociación Custodia en Positivo (Berger, Cinonne, Guedeney, Rottman 2004), los casos de trastornos psicológicos provocados por la custodia compartida en edades tempranas no cesa de crecer. La citada investigación se basa en una recopilación de 150 casos en los que niños

menores de seis años padecieron trastornos psicológicos debido a una decisión de residencia alterna (51% de los casos) o "equivalente" a la residencia alterna (división de tiempos: 29,2%, fin de semana largo con la mitad de las vacaciones: 19,8%). Entre los supuestos de custodia compartida se encuentran tanto aquellos en los que ha sido impuesta por el Juez como en aquellos en los que la pareja lo ha decidido voluntariamente. Además, para apoyar su trabajo cita investigaciones complementarias, como la realizada por el Programa de investigación para la Salud de los Niños en Estados Unidos (Salomon y George 1999), basada en 125 casos de niños menores de 30 meses. En este trabajo se demostraba que dos tercios de los hijos de padres divorciados que regularmente pasan una o más noches en casa del padre, tienen comportamientos que reflejan el establecimiento de un estilo de apego más inseguro que los niños de padres divorciados que no pasan noches con su padre, y que los hijos de parejas no divorciadas.

De acuerdo a la investigación estos bebés tienen un modo de apego calificado como "desorganizado", con momentos de hipervigilancia, acaparamiento, agresividad durante días o semanas e hipersensibilidad a cualquier separación potencial o real de la madre. Estas investigaciones reflejan las consecuencias negativas probadas sobre la custodia compartida en edades tempranas.

Por esta razón la custodia compartida puede suponer inconvenientes para el desarrollo psicológico de los niños, como apuntaban las anteriores investigaciones. El motivo principal por el que se producen estos problemas sobre los menores puede ser el hecho de cambiar de residencia. De acuerdo con las investigaciones de (Wallerstein y Blakeslee 1989), el problema principal reside en la adaptación de los menores a los cambios de residencia y a los estilos de vida propios de cada hogar en los casos de custodia compartida.

En la misma línea otras investigaciones (Cantón, Cortés y Justicia 2000) apuntan a que estos problemas se deben a la sobrecarga de tener que vivir en dos hogares y la confusión y la ansiedad que les produce la anticipación de los cambios. Se apunta a que el éxito de la custodia compartida depende de diversos factores, entre los que se incluyen la percepción del otro progenitor por el niño, la proximidad geográfica, el respeto a los acuerdos adoptados sobre manutención o la preferencia de los niños por este tipo de custodia. También hay ciertos factores que la desaconsejan como la incapacidad de los padres para cuidar de los hijos, el mantenimiento de relaciones hostiles o el rechazo expreso de este acuerdo por uno de ellos.

Por otro lado, también encontramos argumentos e investigaciones que apoyan la custodia compartida para menores de edad más avanzada. Como hemos mencionado, el "mantenimiento de las relaciones familiares" constituye parte del interés superior del menor y éste se logra mediante la custodia compartida de mejor forma, al producirse un contacto más frecuente con ambos progenitores.

De acuerdo con las investigaciones de Kelly (Kelly 2000, citadas por Ibáñez 2004), la custodia conjunta, de manera general, da lugar a mejores resultados en el desarrollo del menor, pues es mayor el grado de satisfacción de los niños en este tipo de custodia que en las exclusivas. Además, los progenitores también expresan una mayor satisfacción parental, siempre y cuando los padres no presenten un alto nivel de hostilidad.

Tal y como establecen los trabajos de Catalán Frías, psicóloga de la Audiencia Provincial de Murcia (Catalán 2011), la custodia compartida presenta mejores resultados cuando los padres han acreditado que ponen por encima de sus intereses los de sus hijos, han conseguido un buen divorcio emocional y han llegado a un acuerdo mutuo, donde uno de los puntos fundamentales es la coparentalidad o responsabilidad parental de ambos.

Por lo tanto, en las hipótesis de menores con cierta madurez emocional y dentro de un ambiente familiar responsable, la custodia compartida se puede considerar más beneficiosa para el desarrollo de éstos que la exclusiva, al mantener un trato cercano con ambos progenitores. De acuerdo con un informe elaborado por la citada psicóloga, Catalán, en colaboración con García, psicóloga de Juzgados de Familia de Murcia, y con personal de la Facultad de Psicología de Murcia (Catalán, García y de la Peña 2007), tras realizar un sondeo entre psicólogos, juristas y letrados, los tres grupos apuntaban a que la mayor ventaja de la custodia compartida es que “favorece la continuidad del vínculo emocional entre los menores y cada uno de sus progenitores”. Además, las otras mayores ventajas que destacaban eran que “permite mantener en los hijos su derecho a disfrutar de sus padres tanto como sea posible” y “elimina los efectos negativos que supone la ausencia de uno de los progenitores tras la ruptura”.

Además de los posibles efectos se dan con la custodia compartida según la edad de los menores, vamos a analizar las consecuencias que puede provocar la custodia monoparental. Para ello nos serviremos del estudio elaborado por Tromp, psicólogo educacional y presidente de la “Father Knowledge Centre Europe” (Tromp 2009), en el que se reúnen estadísticas e informes de diferentes países de la Unión Europea.

En primer lugar, de acuerdo con las investigaciones de Holmes (Holmes 2007), los menores que han sido educados por uno solo de sus padres (custodia monoparental) presentan mayor riesgo de padecer problemas de salud, entre las que se destacan la diabetes mal controlada o el asma. En la misma línea, un estudio sueco examinó la evolución del estado de salud de los menores en función del tipo de custodia. El resultado del estudio puso de manifiesto que los menores con custodia monoparental eran más propensos a sufrir depresión, así como resultaban más proclives al consumo de drogas y alcohol que aquellos otros menores que habían crecido con custodia compartida (Ringbäck Weitoft, Hjern Haglund, Rosén, 2003).

De acuerdo con lo anterior diversas investigaciones asocian la aparición de algunas enfermedades o de otros problemas físicos o de salud con la custodia monoparental. Sin embargo, los efectos negativos que provoca la custodia monoparental en los hijos no sólo se limita a una mayor frecuencia en problemas de salud, sino también a un mayor riesgo a padecer problemas interfamiliares. Los estudios del Centro de Información y Asesoramiento de Holanda (Agencia de Protección de Menores de Holanda) (AMK, 1999, 2000, 2001; Holmes, 2007) sostiene que los menores que crecen en un hogar con custodia monoparental tienen el doble de probabilidad de sufrir abuso sexual infantil, abuso físico, abuso psicológico o negligencia por parte del ex-cónyuge que tiene la custodia o su nueva pareja.

Finalmente, la investigación de O’Neill (O’Neill, 2002) examinaba las consecuencias negativas que podía tener la ausencia de uno de los progenitores (provocado por una custodia monoparental) sobre el desarrollo de los menores en función

del grupo de edad. Los problemas más frecuentes entre menores de doce años se concentran en un mayor riesgo de vivir en la pobreza, abuso físico, problemas en la escuela, problemas para relacionarse y abandonos del hogar. Por otro lado, los menores de edad mayores de doce años solían padecer un riesgo superior de tener un embarazo adolescente, de convertirse en delincuentes juveniles, de ser fumadores o consumir alcohol y drogas, abandono escolar o tener problemas de adaptación. Concluye el estudio que la consecuencia para los mayores de edad que han crecido en una familia monoparental radica en un riesgo mayor de no haber completado una educación adecuada, así como de obtener ingresos más bajos o quedarse sin trabajo o sin hogar. De la misma forma, es más probable que comenten delitos o desarrollen problemas crónicos de salud mental y emocional.

En resumen, tanto la custodia monoparental como la compartida pueden ocasionar efectos negativos en el desarrollo del menor en función de sus circunstancias concretas. En líneas generales cuando el hijo tiene menos de seis años no es recomendable que éste se desplace cada poco tiempo entre las residencias de los dos padres, pues puede suponerle problemas en el desarrollo. Por otro lado, también hemos visto los problemas que puede desarrollar un menor por la ausencia del contacto continuo con uno de los progenitores. La mejor situación para un menor en edades tempranas, siempre que el entorno en el que crezca sea adecuado, sería la custodia monoparental con uno de los dos padres, frecuentemente con la madre, para poder vivir en un mismo hogar familiar y permanecer en contacto constante con el progenitor custodio, mientras que el otro ex-cónyuge debería disponer de un régimen de visitas frecuente para poder mantener un contacto frecuente y que el niño crezca con dos referencias paternas. En el momento en el que el menor haya superado una edad mínima de madurez emocional, frecuentemente en torno a los seis años, puede ser recomendable modificar la custodia monoparental por la compartida, de manera que se estimule una convivencia equitativa y equilibrada con ambos padres.

f. Bienestar de los menores

Finalmente, se analiza el grado de satisfacción que alcanzan los menores de una familia tras un divorcio en función del tipo de custodia. Para ello nos centraremos en un estudio realizado en conjunto por distintas universidades e institutos de Europa y que abarca las consecuencias sobre el bienestar de las familias tras el divorcio a lo largo de 36 países del Mundo Occidental, realizado sobre 184.496 menores hijos de padres divorciados (Bjarnason, Bendtsen, Arnarsson, Borup, Iannotti, Löfstedt, Haapasalo, Niqlasen 2012).

En dicho estudio se comparaban los índices de satisfacción y felicidad en función del modelo estructural de la familia. Los modelos de estructura familiar objeto de investigación fueron: el de la familia intacta, el de custodia compartida, el de custodia exclusiva de la madre, el de custodia exclusiva del padre y, además, el modelo de custodia monoparental en el que la madre o el padre custodios conviven con su nueva pareja.

En primer lugar, se concluye que los menores de las familias en las que no se ha producido un divorcio tienen el nivel de satisfacción más elevado. Las familias en las que los menores viven con el padre y la madre biológicos son las que más bienestar presentan.

En segundo lugar, entre el resto de modelos, la custodia compartida es el que más nivel de satisfacción produce a los menores. Aunque sigue estando por debajo de los que mantienen la familia intacta, en este modelo de estructura familiar los índices de satisfacción apenas descienden. La razón probablemente radique en que en la custodia compartida los menores no presentan problemas de comunicación con ninguno de los dos padres, pues al tener un trato directo con ambos evitan esa situación de falta de contacto. A continuación, el que más se acerca a los índices de satisfacción de la custodia compartida es el de la custodia exclusiva de la madre, incluyendo tanto la situación en la que tiene nueva pareja como en la que no.

Por el contrario, el modelo de estructura familiar que peores índices de satisfacción presenta es el de la custodia exclusiva del padre, particularmente en el caso de que tenga pareja. También es cierto que el modelo de custodia exclusiva del padre es el que más variabilidad presenta, sobre todo si tiene pareja. De acuerdo con el estudio, el modelo de custodia exclusiva del padre presenta estos resultados por el gran efecto que supone sobre los menores tener problemas de comunicación con la madre (incluso peores que tener problemas de comunicación con el padre).

También se pueden extraer diferencias en función del género y la edad. Los chicos ofrecen mejores índices de satisfacción que las chicas. Según dicho estudio, la causa de esta diferencia parece residir en que las chicas tienen mayores problemas de comunicación con sus padres que los chicos. Respecto a la edad, el estudio demuestra que cuanto mayor es la edad de los hijos de la pareja divorciada, menores niveles de satisfacción alcanzan, pues las dificultades de relación con sus padres tienden a aumentar.

Finalmente, se comparan los índices entre los distintos países objeto de la investigación. El grupo de países que destaca respecto al promedio del Mundo Occidental son los países nórdicos, en los que se incluyen Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia. En estos países el nivel de satisfacción de los menores se sitúa por encima del promedio, debido a su caracterización como Estados de bienestar. En los países nórdicos todos los modelos de estructura familiar se encuentran por encima del promedio, a excepción del modelo de custodia exclusiva del padre cuando éste carece de pareja, en el que no se aprecia diferencia con el resto de países.

En resumen, en el caso de que se produzca un divorcio, se ha probado que el modelo de custodia compartida es el que mayores índices de satisfacción entre los menores presenta¹⁵. Si no es posible la custodia entre ambos progenitores, la opción más recomendable de modo subsidiario sería la custodia de la madre. Los hijos de divorciados presentan mayores niveles de satisfacción a edades más tempranas, destacando que son superiores dichos niveles entre los chicos que entre las chicas. Finalmente, destaca el modelo de Estado de bienestar nórdico, que ha alcanzado cotas de satisfacción superiores entre los menores en la mayoría de modelos de estructura familiar.

¹⁵ Artículo de “Actual”: “La ciencia avala la custodia compartida”. <https://www.actuall.com/familia/la-ciencia-avala-la-custodia-compartida/> (Consulta 21/09/2019).

4. Conclusiones.

En este artículo se ha examinado la legislación vigente sobre el divorcio y la custodia en los países desarrollados más representativos. Además se han analizado los efectos económicos que se derivan estos dos fenómenos en las economías familiares de los países occidentales, pudiéndose observar las consecuencias que ha supuesto para los países desarrollados la proliferación del divorcio en nuestros ordenamientos jurídicos. El resultado directo de dicha proliferación ha sido la reducción progresiva del papel que desempeña la familia como unidad en una economía, al existir una tendencia a la fragmentación.

De esta forma el artículo se divide en dos partes. En una primera parte se ha expuesto el contenido de los ordenamientos jurídicos de los países seleccionados en sus aspectos relativos al divorcio y a las políticas de custodia de los hijos como consecuencia de aquél. Se ha podido comprobar que, pese a no existir una estricta homogeneidad entre los países representativos del mundo desarrollado respecto a la regulación del divorcio, la regulación del mismo resulta en cierta medida similar u homologable entre los distintos ordenamientos jurídicos. En cambio la regulación de la custodia en estos países resulta mucho menos uniforme que la del divorcio. De hecho, dentro de algunos de estos países no hay ni siquiera uniformidad, como es caso de España, en el que, dependiendo de la Comunidad Autónoma, se puede favorecer la custodia monoparental o la custodia compartida o, incluso, mantener una situación de neutralidad o equidistancia ante las dos posibles formas de custodia. No obstante, pese a no existir uniformidad entre los ordenamientos jurídicos a este aspecto, es clara la tendencia general que aboga por abandonar las legislaciones anteriores, en las que se fomentaba la custodia monoparental, para dar paso a un modelo que establece como preferente el de la custodia compartida por entender apriorísticamente que de esta forma se favorece en mayor medida el interés del menor, salvo prueba en contrario.

En la segunda parte del trabajo se han analizado por separado las consecuencias económicas que tienen la política de divorcio y la de custodia. Comenzando por el divorcio, se ha partido de la presunción de que un ordenamiento jurídico que favorece el divorcio (al no condicionarlo en último término a causa legal alguna distinta de la voluntad de una de las partes) tendrá como consecuencia lógica la fragmentación de la unidad familiar como resultado de la separación de los padres. Es de general conocimiento la importancia de las funciones que desarrollan los progenitores dentro de un núcleo familiar y que repercuten directa y positivamente en la economía de un país. En este artículo nos hemos centrado en cuatro ámbitos: la familia como unidad de consumo básico, el desempeño de funciones asistenciales dentro de un núcleo familiar, las funciones básicas de conservación y reproducción como “piedra angular” de la natalidad de un país, y la adopción como fórmula reestructuradora de familias. En síntesis, de acuerdo con lo expuesto a lo largo del trabajo, podemos afirmar que el matrimonio constituye un núcleo básico a través del cual se desarrollan distintos aspectos esenciales para la economía de un país, núcleo que se pone en peligro con el creciente número de divorcios en los países occidentales. Su trascendencia para crear estabilidad en los núcleos familiares juega una pieza clave para el análisis de diferentes perspectivas económicas. En primer lugar, el matrimonio supone una unidad generadora de ahorro, que permite rebajar el consumo y evitar el endeudamiento. En segundo lugar, dispensa ayudas asistenciales a una buena parte de la población que con el paso de los años tiende al envejecimiento y, en consecuencia, al incremento de las necesidades de tipo asistencial.

En tercer lugar, tiene el papel básico para garantizar el sostenimiento de la especie, sirviendo de base a la natalidad y permite fórmulas adecuadas para la estabilidad en los procesos de adopción.

En consecuencia, una política favorable al divorcio libre trae como consecuencias un aumento del consumo y del endeudamiento al disolver parte de la función ahorrativa que formaba el vínculo conyugal, una mayor demanda de funciones asistenciales que previamente se cubrían entre los cónyuges y un descenso de la natalidad conectado con la disolución de los núcleos conyugales.

El análisis que se aporta en el artículo respecto a las consecuencias económicas del tipo de custodia como consecuencia del divorcio se ha focalizado en la comparación entre las situaciones generadas, esto es, en función de si se produce una custodia monoparental o una custodia compartida. Y ello en tres aspectos básicos: la prestación por gastos de alimentos para los hijos, la atribución del uso de la vivienda y la distribución de horas destinadas al trabajo y al cuidado familiar de los ex-cónyuges. Una vez analizados tales aspectos, parece claro afirmar que en términos económicos se generan situaciones más estables (y de mayor equidad) si se opta por la custodia compartida en lugar de por la custodia monoparental, sin perjuicio de las excepciones señaladas.

Finalmente, se han analizado dos consecuencias sobre el desarrollo psicológico del menor en función del tipo de custodia. Éstas han sido el bienestar de un menor tras el divorcio de sus padres y las posibles conductas de riesgo que pueden propiciarse. Tras el estudio de ambas situaciones, concluimos que la custodia compartida aporta en general un entorno emocionalmente más estable que la custodia monoparental.

Referencias

Advies- en Meldpunten Kindermishandeling AMK (Agencia de Protección de Menores de Holanda), (1999) (2000) (2001). Informes Anuales de los años 1999, 2000 y 2001.

Álvarez Alcolea, M., Blasco García, J., De Val Tena, A.L. y Alcázar Ortiz, S. (2018) “Derecho Individual y Colectivo del Trabajo”, 8ª edición, págs. 143-144.

Andaluz, J. and Molina, J.A. (2007). “How does the altruistic parental transfers affect the welfare gains of marriage?”. *Research in Economics*, 61, 1-9.

Andaluz, J. and Molina, J.A. (2007). “On the stability of bargaining solutions in family decision models”. *Review of Economics of the Household*, 5 (4), 405-418.

Andaluz, J., Molina, J.A. and Vázquez, I. (2007). “The stability of intergenerational cooperation in altruistic families”. *Economics Bulletin*, 3 (39), 1-7.

Barg Beltrame, G. (2011). “Ciencias Psicológicas”, Vol. (1), págs. 69-81.

Berger, M., Cinonne, A., Guedeney, A., Rorrman, H. (2004). “Residencia alterna en niños menores de seis años: una situación de alto riesgo psicológico”, págs. 1-11.

Bjarnason T., Bendtsen P., Arnarsson A.M., Borup I., Iannotti R.J., Löfstedt P., Haapasalo I., Niclasen B. (2012). "Life Satisfaction Among Children in Different Family Structures: A Comparative Study of 36 Western Societies", *Children & Society*, Volumen 26, , págs. 51–62.

Bowlby, E. J. (1998). "The nature of the child's tie to his mother. *International Journal of Psycho-Analysis*", N° 39, págs. 350-373.

Cantón Duarte, J., Cortés Arboleda, M.R. y Justicia Paz, M.D. (2002). "Psicología Clínica, Legal y Forense", Vol. 2, N° 3, págs. 47-66.

Cantón Duarte, J., Cortés Arboleda, M.R. y Justicia Paz, M.D. (2000). "Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos", Madrid: Pirámide.

Catalán Frías, M. J. (2011). "La custodia compartida", págs.. 1-23.

Catalán, M^a. J., García, M^a. B., De la Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, M^a. D., Marín, C., Matas, A. M^a., Soler, C. (2007). "Anuario de Psicología Jurídica", Volumen 17, Págs. 131-151.

García, I. and Molina, J.A. (1996). "Unemployment as a constraint on labour supply and goods demand in Spain". *Applied Economics Letters*, 3, 149-154. DOI: 10.1080/135048596356555.

García, I. and Molina, J.A. (1998). "Household labour supply with rationing in Spain". *Applied Economics*, 30, 1557-1570.

García, I. and Molina, J.A. (1999). "Labor supply, child care and welfare in Spanish households". *International Advances in Economic Research*, 5, 430-445.

García, I. and Molina, J.A. (2001). "Labour supply and inequality for wage-earning farm households in Spain". *Agricultural Economics Review*, 2, 56-79.

García, I. and Molina, J.A. (2001). "The effects of region on the welfare and monetary income of Spanish families". *Urban Studies*, 38, 2415-2424.

García, I. and Molina, J.A. (2002). "Inter-regional wage differentials in Spain". *Applied Economics Letters*, 9, 209-215.

García, I., Molina, J.A. and Montuenga, V. (2010). "Intra-family distribution of paid-work time". *Applied Economics*, 42, 589-601. DOI: 10.1080/00036840701704469.

García, I., Molina, J.A. and Montuenga, V. (2011). "Gender differences in childcare: time allocation in five European countries".. *Feminist Economics*, 17 (1), 119-150. DOI: 10.1080/13545701.2010.542004.

García, I., Molina, J.A. and Navarro, M. (2007). "How Satisfied are Spouses with their Leisure Time? Evidence from Europe". *Journal of Family and Economic Issues*, 28 (4), 546-565.

García, L. and Molina, J.A. (2017). "The household structure: recent international evolution". MPRA paper 82049.

George, C. & Salomon, J. (1999). "Attachment and caregiving: The caregiving behavioral system".

Holmes W.C. (2007). "Men's childhood sexual abuse histories by one-parent versus two-parent status of childhood home", *Journal of Epidemiology and Community Health de la Escuela de Medicina de la Universidad de Pennsylvania*.

Ibáñez, V. (2004). "El laberinto de la Custodia Compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados". *Boletín de Derecho de Familia*, año 4, nº 40 y 41.

Kelly, J.B. (2000). "Children's adjustment in conflicted marriage and divorce: a decade review of research". *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 39, págs, 963-973.

Lacruz Mantecón, M. L. (2017). "Síntesis del Derecho Civil Español III: Familia y Sucesiones", 2ª edición.

Molina, J.A. (1994). "Food demand in Spain: an application of the Almost Ideal System". *Journal of Agricultural Economics*, 45, 252-258.

Molina, J.A. (1996). "Testing for the utility maximization hypothesis of consumers using the revealed preference theory". *Journal of Consumer Studies and Home Economics*, 20, 131-143.

Molina, J.A. (1996). "Is Spanish consumer behaviour consistent with the utility maximization? A nonparametric response". *Applied Economics Letters*, 3, 237-242. DOI: 10.1080/758520871.

Molina, J.A. (1997). "Two-stage budgeting as an economic decision making process for Spanish consumers". *Managerial and Decision Economics*, 18, 27-32.

Molina, J.A. (1999). "Is leisure weakly separable from consumption goods in Spain?" *Economie Appliquée*, 52, 125-143.

Molina, J.A. (2002). "Modelling the demand behaviour of Spanish consumers using parametric and non-parametric approaches" *Journal for Studies in Economics and Econometrics*, 26, 19-36.

Molina, J.A. (2011). *Household Economic Behaviors*, Editor, Springer.

Molina, J.A. (2013). "Altruism in the household: in-kind transfers in the context of kin selection". *Review of Economics of the Household*, 11, 309-312. DOI: 10.1007/s11150-013-9214-9.

Molina, J.A. (2014) "Altruism and monetary transfers in the household: inter- and intra generation issues". *Review of Economics of the Household*, 12 (3), 407-410. DOI: 10.1007/s11150-014-9259-4.

- Molina, J.A. (2015). "Caring within the family: reconciling work and family life", *Journal of Family and Economic Issues*, 36, 1-4. DOI: 10.1007/s10834-015-9441-8.
- Molina, J.A., Campaña, J.C. and Ortega, R. (2017). "Children's interaction with the Internet: time dedicated to communications and games". *Applied Economics Letters*, 24(6), 359-364. DOI: 10.1080/13504851.2016.1192270.
- Molina, J.A., Campaña, J.C. and Ortega, R. (2016). "What do you prefer for a relaxing time at home: Reading, watching TV, or listening to the radio?". *Applied Economics Letters*, 23(18), 1278-1284. DOI: 10.1080/13504851.2016.1150943.
- Molina, J.A., Navarro, M. and Walker, I. (2011). "Intergenerational well-being mobility in Europe". *Kyklos*, 64, 253-270.
- Molina, J.A. and Velilla, J. (2016). "La innovación como determinante para el emprendimiento". MPRA paper 64768.
- Molina, J.A. and Velilla, J. (2016). "Entrepreneurial activity in the OECD: pooled and cross-country evidence". MPRA paper 71952.
- Molina, J.A. and Velilla, J. (2017). "Feminization of entrepreneurship in developing countries". MPRA paper 64981.
- Molina, J.A., Velilla, J. and Ortega, R. (2016). "The decision to become an entrepreneur in Spain: the role of household finances". *International Journal of Entrepreneurship*, 20(1), 57-73.
- Molina, J.A., Velilla, J. and Ortega, R. (2018). "Why older workers become entrepreneurs? International evidence using fuzzy set methods". *The Journal of the Economics of Ageing*, 12, 88-95. DOI: 10.1016/j.jjeoa.2018.03.004.
- O'Neill, R. (2002). "Experiments in Living: The Fatherless Family", Civitas, Instituto para el estudio de la Sociedad Civil.
- Ringbäck Weitoft, G., Hjern, A., Haglund, B., Rosén, M. (2003). "Mortality, severe morbidity, and injury in children living with single parents in Sweden: a population-based study", *The Lancet*, Elsevier, Volumen 361, Número 9354, 25.
- Serrano García, J. A. y Bayod López, M. C. (2016). "Lecciones de Derecho Civil: Familia", 1ª edición.
- Tromp, P. (2009). "Benefits of post-divorce shared parenting and the situation in the Netherlands, Belgium and Germany", págs. 1-23.
- Wallersten, J.S. y Blakeslee, S. (1989). "Padres e Hijos después del Divorcio", Buenos Aires: Vergara.