

MARCO TEÓRICO

1. MARCO GENERAL DE LA INTERVENCIÓN DE LOS PSICÓLOGOS FORENSES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA.

1.1. Confluencia entre psicología y derecho.

“Un científico busca comprender la realidad con la intención de anticipar la incertidumbre. Un juez también. La ciencia dispone de un acervo de leyes de la naturaleza aceptadas (en cada momento) como vigentes. La justicia también tiene el suyo. La ciencia ayuda a sobrevivir, la justicia a convivir. El científico usa un método para acercarse a la verdad, el juez, también.” Wagensberg, 2007

El presente estudio se enmarca en el contexto de la confluencia entre psicología y derecho, en la interacción y colaboración entre ambas ciencias, una unión de la que se desprende una mejor aplicabilidad del derecho y, por tanto, una mejor respuesta del sistema a los intereses de la sociedad, en el contexto de lo que se ha venido denominando como “psicología jurídica”.

Por ello, aunque el trabajo se centrará en un aspecto concreto de su vertiente aplicada, nos parece conveniente hablar brevemente de la psicología jurídica entendiendo que conforma el marco general del estudio.

Psicología y derecho encuentran su coincidencia en el hecho de que ambas disciplinas son ciencias humanas y sociales y en que comparten el objeto de intervención, que no es otro, que la conducta de las personas. En palabras de Munné (1987), “*son ciencias llamadas a entenderse como ciencias humanas del comportamiento y sociales*”. Y, efectivamente, en las últimas décadas la colaboración entre juristas y psicólogos se ha ido desarrollando e implantando de forma práctica, requiriéndose cada vez en mayor medida, el aporte de los profesionales de la psicología a la realidad del mundo legal.



En este creciente desarrollo de las relaciones entre Psicología y Derecho podemos distinguir cuatro etapas, tal y como relatan Fariña, Arce y Seijo (2005):

- Desde comienzo de siglo hasta la década de los años 30: temáticamente orientada hacia fenómenos de testificación; destacan los trabajos pioneros de Stern, Binet y Münsterberg sobre los procesos psicológicos del testimonio.

- De 1930 a 1950: Se ha considerado la época menos fructífera por parte de la psicología jurídica, aunque el entorno legal sí continuó contribuyendo a la literatura sobre el tema. Garzon (1990) considera que el descenso de las contribuciones de los psicólogos pudo estar motivado por la diversificación de la psicología en nuevos campos de trabajo, así como por la etapa de reflexión interna que vivía la misma psicología, produciéndose lo que Loh (1981) definió como “psicologismo jurídico” por la proliferación de trabajos de juristas que apelaban a la psicología para fundamentar su paso hacia el llamado realismo desde un anterior formalismo legal.

- 1950 a 1970, Los tribunales comienzan a acusar la necesidad de utilizar psicólogos cualificados como testigos expertos sobre cuestiones criminales en las que se debe establecer la responsabilidad del sujeto.

- A partir de la década de los 70 puede contemplarse el “boom” de la Psicología Jurídica notándose un notable incremento en el número de publicaciones sobre la materia. La vertiente aplicada (Psicología Forense) cobra un gran impulso que se ha mantenido ascendente con un considerable crecimiento de demandas en las dos últimas décadas. En 1981 la American Psychological Association creó la División 41 (psicología jurídica), asimismo, se constituyen asociaciones como: The Association of



Psychology and Law (1991) o la International Association of Forensic Mental Health Service (2001).

En nuestro país, el primer elemento histórico destacable se sitúa en 1932 cuando Emilio Mira y López publica el "Manual de Psicología Jurídica" donde apuntó temas como: la psicología del delito, psicología del testimonio o el concepto psicológico y la valoración jurídica de la debilidad mental. El manual, dirigido a los juristas, tenía como objetivo manifiesto ofrecerles la información y conocimientos que la psicología les podía ofrecer para hacer más efectiva su tarea.

Tras un silencio prácticamente absoluto que se prolonga hasta la década de los años 70, tal y como señala Munné (1986), El Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, crea en 1971 la Sección de Psicología y Sociología Jurídicas, en 1974 el Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, y en 1975 el Instituto del mismo nombre. En 1980, se publica "Introducción a la psicología jurídica", en la que Ramón Bayés, Luis Muñoz-Sabaté y Federico Munné realizan una recopilación de trabajos aparecidos en años anteriores.

Otro elemento clave para el desarrollo de esta disciplina en España, es el derivado del ámbito de la psicología penitenciaria ya que en los años setenta los psicólogos empezaron a trabajar dentro del ámbito carcelario, siendo los primeros que promovieron el interés tanto en las universidades como en otras instituciones sobre la labor de estos profesionales en el ámbito judicial.

Ya en la década de los ochenta el Colegio Oficial de Psicólogos, desde sus diferentes sedes, sirve también como potenciador y difusor de esta disciplina. En este sentido cabe destacar los esfuerzos de la Delegación de Madrid que en 1985 promovió el estudio para la elaboración de un Catálogo de Documentos en Psicología Jurídica, cuya primera edición ve la luz en enero de 1986. Asimismo esta Delegación propulsó la creación de la Sección de Psicología Jurídica en 1987, propiciándose de esta forma tanto la difusión de esta rama de la Psicología como la formación para los profesionales.



En Cataluña, a finales de los 80 ya existía un grupo de trabajo sobre Psicología Jurídica que en 1990 se constituiría como Comisión y en el año 2000 como Sección Profesional. Entre las actividades más destacables se encuentran la organización de forma conjunta con el Centro de Estudios y Formación Especializada del Departamento de Justicia de las Primeras Jornadas de Psicología Jurídica en Cataluña en 1999 y las Segundas Jornadas de Psicología Jurídica en Cataluña co-organizadas con la Universidad de Barcelona en el año 2004.

Como dificultades de consolidación de esta disciplina Munné (1996) señala que a pesar de que en nuestro país estamos asistiendo a una notable expansión de la Psicología Jurídica, este proceso es más cuantitativo que cualitativo, en el sentido de que el crecimiento que ello supone, apenas se produce a expensas de la potencialidad de la materia. Es decir, el mundo del derecho continúa permaneciendo casi impasible ante este proceso, como ejemplo de ello nos seguimos encontrando que las puertas de las facultades de Derecho continúan siendo poco permeables a la Psicología Jurídica. En general estamos presenciando un fuerte desarrollo de las intervenciones periciales ante los tribunales por parte de psicólogos, pero sin que exista un desarrollo similar de otras áreas de intervención del psicólogo en el ámbito del derecho.

En el presente trabajo, nos centraremos en lo que Muñoz Sabaté (1980) define como “*psicología para el derecho*”, esto es: psicología que auxilia al derecho en sus fines propios; aplicación de las técnicas psicológicas a la prueba de los hechos. Se trata de una psicología eminentemente probatoria, en la línea también de la definición clásica descrita por Mira y López (1932): “*la psicología aplicada al mejor ejercicio del derecho*”, que, en definitiva, es la que se ha desarrollado principalmente y de la que trataremos a continuación.



1.2. La psicología forense

Etimológicamente el término “forense” deriva del latín “forensis”, referido al forum de las ciudades romanas; la plaza donde se trataban los negocios públicos y donde el pretor celebraba los juicios. Por tanto, la palabra esta referida al “foro” o lugar donde se administra justicia. “*Sitio en que los tribunales oyen y determinan las causas*” (Diccionario de la Real Academia Española)

En general, el termino Psicología forense engloba todas aquellas actividades que el psicólogo puede realizar en el “foro”, en intervenciones específicamente solicitadas. En palabras de J. Urra (1993) es “*la ciencia que enseña la aplicación de todas las ramas y saberes de la Psicología ante las preguntas de la Justicia, y coopera en todo momento con la Administración de Justicia, actuando en el foro (tribunal), mejorando el ejercicio del Derecho*”.

Siguiendo a Garzon (1989), y la diferenciación que ésta establece entre psicología jurídica y psicología forense, observamos que no solo supondrían dos enfoques diferentes en su relación con el Derecho (filosófica vs aplicada), sino también dos concepciones distintas de la psicología (colectiva vs individual).

Cuadro. T.2.1: Psicología y Derecho (visión clásica). Garzon, 1989

| Concepciones(aspectos) | Psicología Jurídica | Psicología Forense |
|-------------------------------|--|---|
| Psicología | Psicología colectiva Psicología teórica | Psicología individual Psicología aplicada |
| Objetivos | Fundamentación psicológica y social del Derecho: <ul style="list-style-type: none">- Origen del Derecho- Sentimiento jurídico- Evolución de las leyes. | Componentes psicológicos de la práctica judicial: <ul style="list-style-type: none">- Psicología criminal- Psicología de testificación. Psicología de profesionales de la Ley. |
| Relaciones con el Derecho | Filosofía del Derecho | Práctica profesional |
| Relaciones con otras ciencias | Sociología, antropología | Psicopatología forense, ciencias naturales. |



En definitiva, podemos concluir que la psicología forense es la denominación que ha recibido la vertiente aplicada de la psicología jurídica, entendiéndose que su función principal es la de ofrecer funciones de soporte a las administraciones de justicia.

En el contexto que nos ocupa, nos interesa remarcar la función del psicólogo forense, cuando actúa en uno de los principales requerimientos actuales: la elaboración de peritajes psicológicos, función que, como ya señaló Muñoz Sabaté (1980), abarca una gran cantidad de ámbitos específicos en el marco jurídico porque *“el derecho es algo multidimensional y omnipresente. El caso más insospechado puede presentar algún problema de prueba susceptible de ser tratado con métodos psicológicos.”*

La necesidad de la intervención de los psicólogos como peritos en los diferentes procedimientos judiciales no es nueva, se viene planteando desde principios del siglo XX (Ibáñez y Avila, 1989), citándose como primeros antecedentes el testimonio de Albert von Schrenck-Notzing en un juicio celebrado en Munich en 1896, que informó sobre la influencia de la sugestión en numerosos testigos a causa de los efectos de lo publicado en la prensa sobre el caso de asesinato que se juzgaba; así como la publicación de la obra *“On the Witness Stand”* de Hugo Münsterberg en 1908 en la que defendía que con los conocimientos sobre percepción y memoria los psicólogos podían comprender mejor que los juristas la mente de los testigos. Münsterberg, propuso la utilización de un Test de Asociación de Palabras que ayudara a establecer la culpabilidad o no de los acusados, lo que le valió durísimos ataques de los juristas.

A pesar de ello, la aceptación y tendencia a la generalización del uso de la psicología en los tribunales es mucho más reciente. Según indica Torres (2002), en EE.UU. su generalización se produciría a partir de una Sentencia del Tribunal Supremo de 1962 en la que se establecía que *“se considerará error judicial*



rechazar la peritación de un psicólogo respecto de su área de especialización". Esta Sentencia deriva de lo acontecido en el sumario Jenkins versus EE.UU, en el que tres peritos psicólogos elaboraron dictámenes sobre la enfermedad mental del inculpado (esquizofrenia). Su testimonio, fue rechazado en primera instancia por los Tribunales. La Asociación Psiquiátrica Americana elevó su protesta en forma y su oposición a la no admisión del psicólogo como perito. En el recurso de casación se admitió la pericia psicológica que se comprobó acertada. Desde ese momento, como hemos indicado, el rechazo del psicólogo como experto en su campo de especialización es considerado como un error.

En nuestro país un reconocimiento similar no se produce hasta tres décadas después a partir de una Sentencia del Tribunal Supremo, que con fecha 21 de noviembre de 1992, (RJ 1992\9624) resalta la relevancia del papel de los psicólogos en el asesoramiento para valorar todas las cuestiones que tienen que ver con el estudio de las condiciones psicológicas de los actores jurídicos, al afirmar: *"la Psicología permite aportar medios de conocimiento, que el Tribunal no podría ignorar en su juicio sobre la credibilidad del testigo y que, por sí mismo no podría obtener en razón del carácter científico especializado de los mismos"*, de la Torre (1999, pg 13.)

Actualmente, la intervención en nuestro país de los peritos en los procedimientos viene regulada a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en la reforma de 2000 - vigente desde enero de 2001- en el Libro II. Título I. Capítulo VI. Sección 5ª (artículos 335- 352). de la que resaltaremos únicamente dos artículos: el Art. 335, que justifica la participación en el foro, pronunciándose también sobre el rol del perito y la necesaria objetividad de sus datos y el Art. 348 que señala la forma de valoración del dictamen:



Art.335

1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.

Artículo 348. Valoración del dictamen pericial.

El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

No podemos dejar de advertir, por una parte, la obviedad de que el ejercicio de la función profesional en este ámbito adquiere claramente el rol de auxiliar de la justicia y la patente alusión a la necesaria objetividad del perito y, por otra, el hecho de que en última instancia, será el juzgador quien en función de la sana crítica valore el peso específico de las conclusiones del profesional, por ello, veremos más adelante una breve revisión de los estudios que comparan criterios entre juristas y psicólogos.

Así pues, al hablar de periciales psicológicas forenses, estamos refiriéndonos a evaluaciones aplicadas al contexto legal y que han de ser específicamente diseñadas para dar respuesta a las instancias judiciales en relación a aspectos que son legalmente relevantes, utilizando para ello los conocimientos y técnicas de nuestra disciplina. En palabras de Avila (1986) “*el psicólogo en su intervención como perito lo es en cuanto a su calidad de experto y a demanda de las instancias judiciales, de*



las cuales opera como auxiliar o asesor, basándose en sus conocimientos específicos”.

El tipo de requerimientos que recibe el psicólogo forense depende en cierta medida del área jurídica que interesa su colaboración, a modo ilustrativo describimos brevemente las intervenciones más frecuentes en los diferentes ámbitos:

- Derecho Penal: se valoran cuestiones como la responsabilidad criminal en casos de trastorno mental de un acusado (evaluación de la imputabilidad del procesado), la competencia de un individuo para ser juzgado o para prestar testimonio, las secuelas de las víctimas, etc.

- Derecho civil: principalmente procesos de tutela e incapacitación de adultos, internamientos psiquiátricos involuntarios, protección de menores, valoración de daño y secuelas psicológicas, etc.

- Derecho de familia: temas de adopción y privación de derechos parentales de los progenitores (patria potestad), en la atribución de la custodia de los hijos en caso de divorcio, nulidad y separación, recomendaciones sobre planes de comunicación y contacto, adopciones, filiación, etc

- Derecho laboral: valoración de daños y secuelas psíquicas a accidentes o situaciones de trabajo, etc.



1.3. Sentido y alcance de la pericial psicológica

Como hemos visto, el peritaje psicológico surge de las necesidades de los jueces que precisan contar con los aportes y conocimientos que son especificidad de otras ciencias o actividades especializadas y que, por tanto, resultan ajenas a su propio conocimiento.

El objetivo último de la evaluación psicológica forense es elaborar el Dictamen Pericial correspondiente al objeto de litigio. La acción del reconocimiento técnico del objeto del debate es conocida como *peritaje o peritación* (Ibáñez y de Luis, 1992).

Mauleón (1984, cfr. Ibáñez y Avila, 1989, pag. 294) define el Dictamen Pericial como *“la opinión objetiva e imparcial, de un técnico o especialista, con unos específicos conocimientos científicos, artísticos o prácticos, acerca de la existencia de un hecho y la naturaleza del mismo”*. Dictamen que, siguiendo a Ibáñez y Ávila (1989), tiene una finalidad objetiva que es la determinación de unos hechos o sus manifestaciones y consecuencias. Esta objetividad debe ser el principio rector del examen pericial, independiente de los intereses de las partes, es por ello, que desde un primer momento se deberá definir, concretar y clarificar sus funciones.

El dictamen emitido por el perito en relación a la materia sobre la que se le ha interrogado, es un medio de prueba dentro de un proceso judicial, que será ponderada y valorada por el juez en su propia toma de decisión para dictar la sentencia. En palabras de Ortuño (1998) *“el juez no solicita al perito que sea éste el que dicte la sentencia pues este es el cometido y la responsabilidad del que juzga...la demanda judicial se circunscribe a solicitar del profesional que le ayude a conocer – apreciar la realidad – de una conducta social humana, sus motivaciones y sus consecuencias sociales respecto a lo que es objeto de litigio”*



A pesar de que, como vemos, la responsabilidad última del alcance de este medio de prueba recaerá siempre en los magistrados, algunos autores han resaltado el peso constatado que tienen los informes periciales en las decisiones judiciales. Granados (1990) hace notar esta circunstancia subrayando además la incidencia que supondrá esta valoración sobre la vida afectiva, económica, etc. de las personas, en la medida en que la sentencia recoja las opiniones de la pericia. En este sentido nos advierten también Aguilera y Manrique (2003) al ofrecernos el resultado de un estudio realizado con jueces de Andalucía al señalar como conclusión más importante *“el papel decisivo, que según los jueces, tiene el informe psicológico para valorar los aspectos centrales sobre los que centra la pericia psicológica”*, indicándonos que, en su estudio, *“la mayor parte de los jueces, responden que sólo en algunas ocasiones, toman decisiones diferentes a las recomendadas en los informes”*. Desde el entorno jurídico, Montero (2001) indica *“la norma general de la sana crítica, puede hacer llegar a soluciones muy diferentes en la valoración de la pericia. No faltan ocasiones en que el contenido de la Sentencia sobre la guarda y custodia de los hijos se decide con una mera remisión a lo dicho en el informe”*.

Mucho más allá llegaba Grisso (1986) en sus consideraciones, al hacer notar a los psicólogos, que precisamente somos nosotros los más interesados en que las evaluaciones forenses sean de calidad por su gran repercusión social en la imagen de la psicología en esta área que aun se esta consolidando.

Por tanto, el trabajo del psicólogo forense debe comportar una gran exigencia científica y ética. De hecho, en las Directrices Especializadas para psicólogos forenses (Sociedad legal americana y división 41 APA, 1994), se especifica, entre otras, la obligación del psicólogo forense de seguir los estándares éticos *más elevados* de su profesión y la de mantener actualizados los conocimientos del desarrollo científico, profesional y legal dentro de su área de competencia.



Al hilo de lo anterior no podemos dejar de mencionar una controvertida cuestión que en los últimos tiempos esta llamando la atención de los expertos y que afecta a la responsabilidad inherente al perito en las delicadas cuestiones en las que interviene. Como refiere Serrano (2006) *“la extraordinaria importancia de su función obliga a que el perito que incumpla sus obligaciones incurra en responsabilidad”*. Responsabilidades que se traducirían, en su caso, en tres aspectos: penal, civil y disciplinaria. En el próximo apartado, comentaremos con mayor detenimiento esta cuestión refiriendo los datos disponibles de forma específica en el ámbito de familia.

1.4. El perito en el ámbito de familia:

En el presente trabajo, nos centramos, específicamente, en las intervenciones que realizan los psicólogos cuando actúan como peritos en el ámbito de familia, siempre bajo la premisa de que serán los encargados de aplicar los conocimientos de la psicología ante las preguntas y/o necesidades de la justicia en este ámbito y entendiendo, como ya hemos indicado, su intervención como un elemento facilitador al servicio de la justicia y orientado hacia el beneficio de la sociedad.

De hecho, en nuestro país, es en este ámbito donde primero fueron llamados los psicólogos para actuar como forenses a partir de que la Ley 30/1981 de 7 de julio de 1981(Ley del Divorcio), introdujo en el Código Civil, el “dictamen de especialistas” como un elemento auxiliar del enjuiciamiento. Tal y como señala Ortuño (1998) *“El precepto no dice que clase de especialistas, mas por el contexto hay que pensar en profesionales de la medicina, pediatras o psiquiatras, de la psicología o de la asistencia social, como lo entendió de inmediato la doctrina y la práctica forense”*. Así también lo entiende Montero (2001) cuando refiere que en la pericial en el ámbito de familia *“los conocimientos científicos se referirán normalmente a la psicología infantil y a otras ramas del conocimiento relativas a las relaciones interpersonales”*; además, el autor califica de menos controvertida la clásica



reticencia a la admisión de una prueba que tiende a acreditar hechos psicológicos, básicamente, por su especial interés para decidir aquello que debe acordarse en relación a los hijos.

Como señalábamos anteriormente, hay diversas cuestiones sobre las que se consulta a los psicólogos que actúan en este ámbito (adopciones, filiación...), sin embargo, el principal requerimiento de los jueces y magistrados suele dirigirse fundamentalmente a encomendarle que dictamine sobre la idoneidad de que la guarda y custodia de los hijos del matrimonio – o pareja de hecho - en litigio le sea concedido a uno u otro de los cónyuges o a ambos de forma compartida. Las estimaciones en este sentido indican que al menos el 80 por 100 de demandas de periciales psicológicas en los juzgados de familia corresponde a asuntos matrimoniales y de ellos una proporción variable pero no inferior a la mitad, son dictámenes de custodia (Ramírez, 2003).

A las consideraciones ya citadas debemos añadir que, como veremos, la situación de ruptura familiar es cada vez más frecuente, por lo que la intervención pericial en este ámbito constituye una práctica cotidiana para los profesionales especializados. Una tarea enmarcada en una sociedad, como comentaremos más adelante, con escasa tradición divorcista y práctica inexistencia de investigación autóctona en este campo.

Más allá de nuestras fronteras, el ámbito aún se encuentra falto de consenso técnico respecto a numerosas cuestiones que todo y que han recibido la atención de los expertos y generado una extensa bibliografía que ha permitido avances significativos en algunos aspectos, aún mantiene grandes debates abiertos que dependen en gran medida de la producción de investigación empírica que es reclamada por prácticamente la totalidad de expertos en la materia.



Durante el desarrollo del trabajo tendremos ocasión de revisar extensamente una de las cuestiones más controvertidas y, como veremos, de compleja solución, que constituye el núcleo de nuestra investigación, nos referimos a los criterios utilizados en la toma de decisión de los profesionales en evaluaciones de custodia. Asimismo, veremos implícitamente algunas espinosas cuestiones sobre técnicas y procedimientos utilizados en dichas intervenciones.

En este momento, creemos importante resaltar que en el ámbito de familia que es el entorno en el que centramos nuestro trabajo, tanto las comisiones deontológicas de asociaciones y colegios profesionales como los autores expertos en la materia (Grisso, 1986, 1990) han alertado de forma continuada sobre la creciente tendencia a la presentación de denuncias relacionadas con la práctica pericial. Es precisamente esta cuestión la que se encuentra en el sustento de la elaboración de las reconocidas directrices APA (1994) para la intervención en evaluaciones de custodia: *“El Comité ético de la APA ha destacado que la implicación de los psicólogos en disputas de custodia ha originado en este momento muchas preguntas en relación al mal uso de la influencia de los psicólogos, que a veces se traduce en denuncias en contra de los psicólogos que están requiriendo la atención del comité ético de la APA y planteando preguntas en la bibliografía legal y forense.”*, no obstante, los principios establecidos en las directrices son únicamente líneas orientadoras y como tales, genéricas. De hecho, a pesar de su existencia y reconocimiento, según los datos obtenidos por Bown y Quinell (2001) en un estudio con 198 psicólogos que realizaban evaluaciones de custodia, el 35% tenía al menos una denuncia ante la comisión deontológica, el 10% tenía al menos dos denuncias y el 10% había tenido un juicio por negligencia.

En nuestro contexto, y gracias al estudio realizado desde el Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña (Cayuela, Jarne y Molina, 2004) sabemos que del total de denuncias atendidas por la Comisión Deontológica entre los años 1999 y 2003, el 42,73% están relacionadas con intervenciones periciales, que en su totalidad



proviene del ámbito de familia. Precisamente, y en parte por la clara conciencia de dificultades en esta materia, desde esta misma institución se elaboró y aprobó en el año 2002 un protocolo de intervención pericial en los juzgados de familia, que en el momento actual continúa siendo el único documento guía aprobado por un colegio profesional en España.



2. EL CONTEXTO DE INTERVENCIÓN: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN DE LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

2.1. El divorcio en la historia

El divorcio no es una cuestión nueva, de hecho, podemos encontrar referencias incluso en los tiempos bíblicos, ya que la Ley de Moisés permitía repudiar a las mujeres: *"Si uno se casa con una mujer y luego no le gusta, porque descubre en ella algo vergonzoso, le escribe el acta de repudio, se la entrega y la echa de la casa, y ella sale de la casa y se casa con otro"* (Dt 24,1-2). La mujer también podía ejercer el derecho a repudio pero únicamente en casos muy contados, concretamente, cuando el marido ejercía el oficio de matarife, basurero o curtidor.

En la sociedad romana, cuna de nuestro derecho civil, el matrimonio fue entendido como un contrato consensuado y que por tanto, contemplaba la finalización voluntaria del mismo, *"quoniam quidquid ligatur solubile est"*. La disolución matrimonial podía producirse por diversas causas, pero en concreto el *"divortium"*, básicamente se encontraba basado en el cese de la voluntad de permanecer juntos e incorporaba como posibilidad el *"divortium communi consensu"*, esto es, el vanguardista *"común acuerdo"*.

En la época medieval, a mediados del siglo VII, el Fuero Juzgo que constituyó el cuerpo de leyes en la península ibérica durante la dominación visigoda estableciendo la norma jurídica común para visigodos e hispano-romanos, hizo desaparecer el repudio pero admitió el divorcio indicando: *"adulterio es la única causa por la que los casados se pueden departir. La mujer dejada puede en cierto caso casar con otro."*

En nuestro contexto, la oposición al divorcio ha estado centrada en la doctrina católica que en el siglo III de la era cristiana, en el Concilio de Cartago (año 393 D.C.), estableció como dogma la indisolubilidad del matrimonio. A partir del siglo



VIII todos los Concilios señalan la prohibición de disolver el matrimonio, dejando una puerta abierta a la excepción por la posibilidad de “anulación” del matrimonio en base a la valoración y autorización de la jurisdicción eclesiástica.

En el siglo XIII, bajo el reinado de Alfonso X el Sabio, se estableció en el Libro de las Leyes (las siete partidas), la indisolubilidad del “matrimonio consumado entre cristianos”, pero permitía la disolución por repudio o por divorcio de los no cristianos.

En el reinado de Felipe II el divorcio salió de la sociedad española al promulgar éste los cánones del Concilio de Trento como Ley del Reino. En la vecina Francia, en el marco de la revolución francesa se rechazó la indisolubilidad del matrimonio, lo que conduciría el 20 de septiembre de 1792 a la aprobación de una Ley que permitía el divorcio por mutuo consentimiento y la simple alegación de incompatibilidad de carácter invocada por los contrayentes.

En nuestro país, hay que esperar hasta la proclamación de la II República en 1931, cuando se discute una nueva constitución, a la que seguirían algunas leyes complementarias, entre las que se encontraba incluida la ley del divorcio. La Ley, entró en vigor el 2 de marzo de 1932, autorizándose así legalmente el divorcio por primera vez en España, a pesar de la condena del episcopado español.

En aquella Ley de divorcio se estipulaba que podían solicitarlo ambos cónyuges o uno de ellos, si concurrían alguna de las causas determinadas que, con mínimas variantes, serían las mismas que recogería la ley de 1981; en 1939, tras la guerra civil y el inicio de la dictadura de Franco, la Ley quedó inmediatamente abolida. Durante los cuarenta años del gobierno franquista la única posibilidad de disolución matrimonial se encontraba, de nuevo, en la anulación eclesiástica.



La transición política en la que entro el país a partir de 1975 supone el paso a una sociedad democrática y aconfesional en que se legitimarían las libertades de los individuos. Sin embargo, la Ley de Divorcio (conocida como la de San Fermín por la fecha de su aprobación coincidente con la citada fiesta) se hizo esperar hasta 1981, por cuanto desde ciertos sectores se consideraba *“un ataque directo a una de las instituciones –la familia- que mantenía la organización del estado”* (Ibáñez y de Luis, 1998). De hecho, como bien indica Alberdi (1999) *“muchos de los que se opusieron en aquel momento a la legalización del divorcio lo hicieron por considerar que las leyes más tolerantes y permisivas iban a desmoronar la sociedad al fomentar la ruptura matrimonial y la disolución de la familia”*

La comparativa respecto a nuestro entorno más próximo: la Unión Europea, evidencia que, aunque con los matices propios de cada Estado – desde los más liberales como Suecia a los marcadamente influidos por el catolicismo como Irlanda – todos los países miembros contemplaban el divorcio en sus legislaciones con anterioridad a 1970 a excepción de Italia y España y, actualmente, con la única excepción de Malta que aún no lo contempla.

En España, la ausencia de competencia por parte de los tribunales civiles como consecuencia de la otorgada a los tribunales eclesiásticos durante el régimen franquista, provocó inicialmente algunas dificultades de adaptación ya que los jueces sobre los que iba a recaer la materia no disponían de recursos validos más allá de lo especificado en la nueva Ley, hecho que algunos autores señalan como especial dificultad y que se estima trato de superarse con la creación en 1982 de los Juzgados de Familia, que pretendían la necesaria especialización en la materia (Alberdi, 1999).

La critica habitual que se ha venido realizando en relación a la creación de los Juzgados de Familia es el hecho de que únicamente fueron creados en las grandes ciudades españolas, situación que en cierto modo se mantiene actualmente, y que



conlleva que en muchos puntos de nuestra geografía las separaciones y divorcios se sumen a la tarea judicial de los jueces de los Juzgados de Primera Instancia que, obviamente, no pueden considerarse como especializados en la materia. Consecuentemente, ello abunda en la necesidad del juzgador de obtener información especializada que le facilite la toma de decisión.

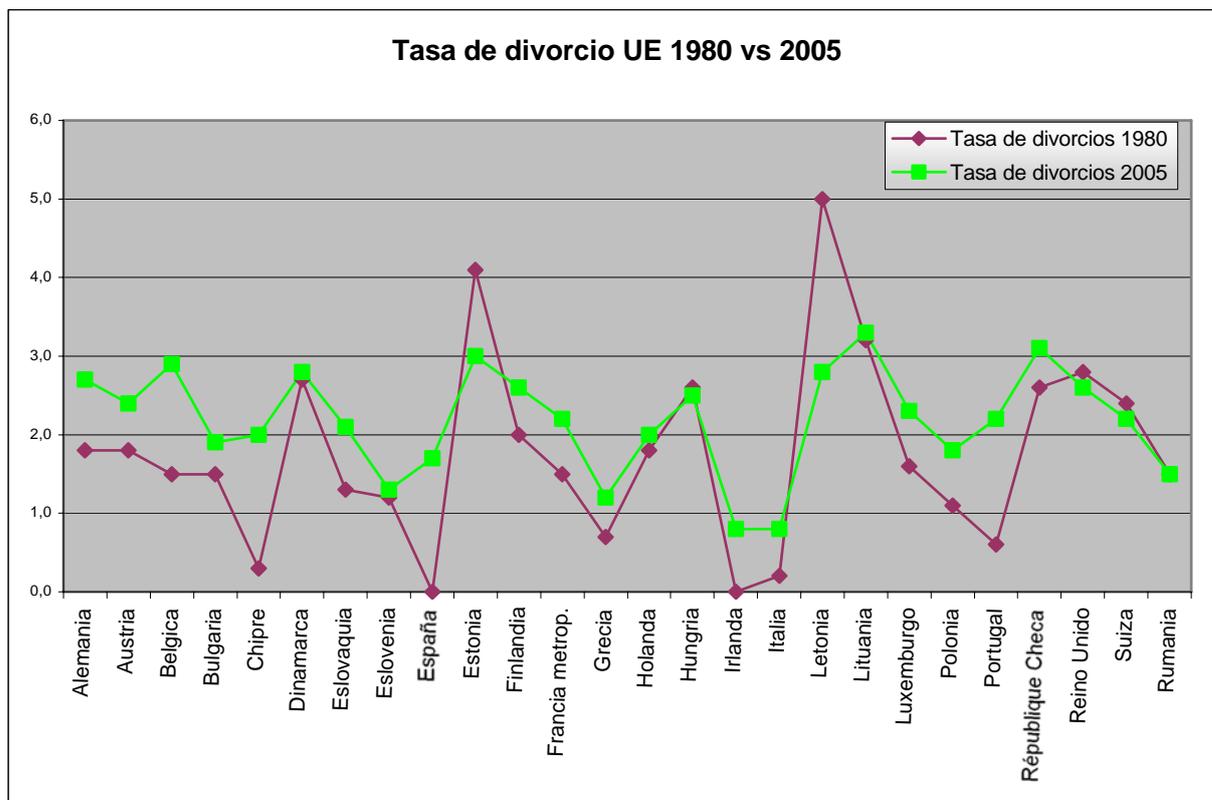
2.2. El divorcio: una realidad cotidiana

El matrimonio como institución sólida y permanente ya no es una concepción habitual en nuestra sociedad. Las estimaciones estadísticas indicaban ya en la década de los noventa (U.S. Bureau of the Census, 1992; Center for Disease Control, 1995) que, casi la mitad de matrimonios norteamericanos termina en divorcio, por lo que cerca de un millón de niños se enfrentarían cada año a esta situación. A partir de estos datos, se estimaba que entre un 50-60% de niños nacidos en la década de los noventa vivirá en algún momento de su vida en una familia monoparental (normalmente a cargo de la madre). En el año 2005, la mayoría de estados registraron una tasa de divorcio superior al 3 por 1000, llegando en algunos de ellos a doblar esta tasa (por ejemplo en Arkansas y Nevada).

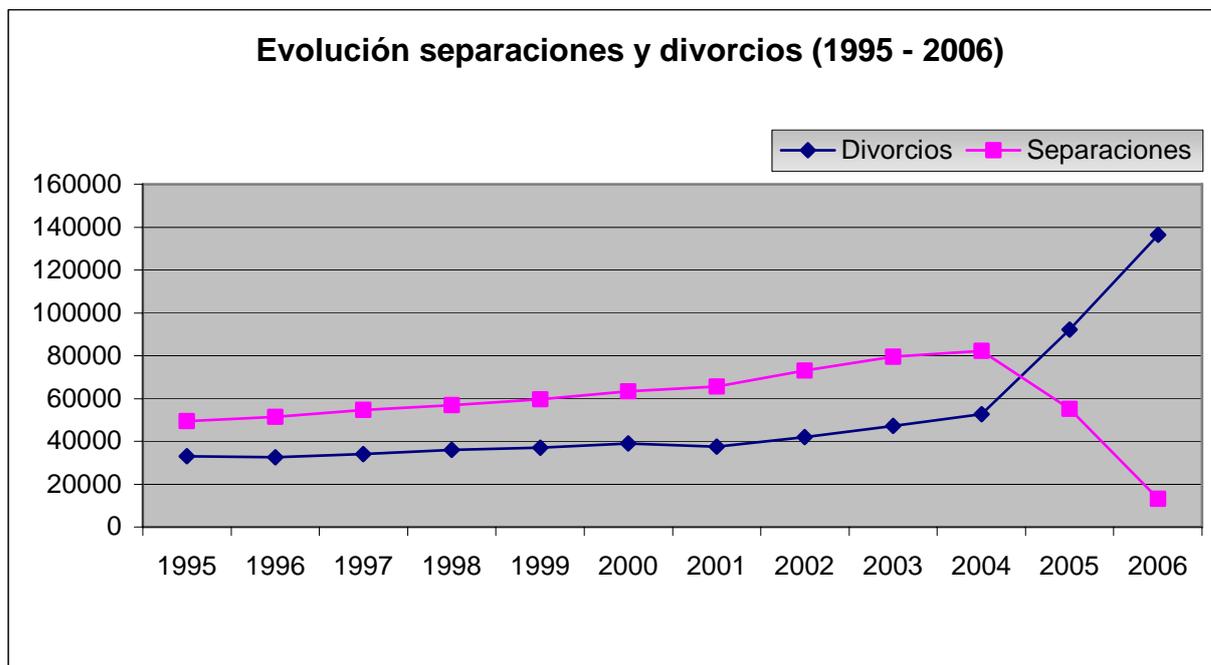
En la unión europea, la tasa de divorcio registrada en el 2005 era del 2 por cada 1000 habitantes con un incremento de medio punto respecto a la calculada en 1980. (Eurostat, 2007). La evolución seguida por los diferentes países puede observarse en el gráfico T1, donde también apreciamos que la tasa Española en el año 2005 se mantenía a un nivel medio (1,7) sobrepasando únicamente a la obtenida por países como Grecia, Irlanda, Italia, Eslovenia y Rumania.



Grafico T1: Tasa de divorcio UE 1980 vs 2005



Sin embargo, en España, el número de separaciones y divorcios desde su regulación en 1981, ha aumentado de forma constante. La revisión de los datos sobre rupturas familiares ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial nos indican el paso de 16.363 (6.880 separaciones y 9.483 divorcios) en el año 1981 a 149.612 (13.220 separaciones y 136.392 divorcios) en el año 2006 (Grafico T2).

Grafico T2: Evaluación separaciones y divorcios en España (1995-2006)

En la evolución de los datos referidos a la última década, especialmente relevante en nuestro país resulta el aumento que han experimentado las cifras de divorcio los dos últimos años (en detrimento de las separaciones), como consecuencia de la entrada en vigor de la reforma de la ley del divorcio, aprobada en julio de 2005. Esta reforma, que era necesaria por la evolución de la sociedad española, eliminó ciertos aspectos que fueron recogidos en la primera Ley de divorcio en la democracia en 1981. Así, por ejemplo, desaparece la obligatoriedad del paso previo por el proceso de separación, la obligación de esgrimir causas de la ruptura y reduce el tiempo requerido para poder divorciarse. Consecuentemente, las estadísticas ofrecen en este periodo un aumento de los procedimientos de divorcio, disminuyendo los de separación.



Como toda reforma, la nueva Ley no ha estado exenta de polémicas, más adelante comentaremos la cuestión más debatida que se relaciona con la tenencia de los hijos. En este momento sólo señalar que la evitación del paso previo por el procedimiento de separación que se entendía como una medida disuasoria de la disolución matrimonial y a entender de algunos autores como una pequeña conquista de la iglesia católica en su momento (Alberdi, 1999), obligaba a las parejas a volver a pasar por todo el trámite judicial con los costes emocionales y económicos asociados si deseaban divorciarse, por ello, en muchos casos, salvo que desearan contraer nuevos matrimonios, se indica que se tendía a mantener la condición de separación judicial. En relación a las cifras indicadas aún actualmente se tiende a rescatar una posición un tanto alarmista que no obstante entendemos poco fundamentada, baste revisar atentamente los datos facilitados por el Consejo General del Poder Judicial a lo largo de estos años, para apreciar que en la última década las cifras totales de ruptura, aunque crecientes, son similares pero con diferente distribución.

Como vemos, la situación de ruptura familiar es una realidad cotidiana que afecta a gran número de familias. Sin duda, la preocupación más generalizada en los distintos operadores que participamos profesionalmente en estas situaciones se encuentra en tratar de favorecer la adaptación de los menores a la nueva situación y prevenir, en la medida de lo posible, la aparición de dificultades o trastornos psicopatológicos que interfieran en su correcto desarrollo y evolución. Ello evidencia la necesidad de establecer unos criterios técnicos que, por su carácter científico y su aceptación sociocultural, puedan guiar a los profesionales en la toma de decisiones en relación a la custodia de los niños.

En el capítulo siguiente, referiremos brevemente la evolución seguida socio-jurídicamente en relación a la ruptura familiar y la concepción de las medidas a considerar respecto a los hijos/as, para seguidamente realizar la descripción de los criterios considerados adecuados actualmente.



3. LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

3.1. Evolución histórica de las normativas y criterios socio-jurídicos en relación a la guarda y custodia de los hijos:

Aunque existen citas sobre los códigos de los reinos visigodos que enfatizaban los deberes de los padres para con el hijo (citado por M. Ramírez , 2003) en referencia a Marafiotte, 1985), la práctica judicial, tanto en nuestro contexto como en el ámbito anglosajón, ha venido derivando del Derecho Romano. En dicha regulación, los hijos eran vistos como una propiedad del padre, que tenía absoluto poder tanto sobre los niños como sobre su esposa a los que podía abandonar o vender si era ese su deseo. Como señala Zermatten (2003) en la sociedad romana *“el niño era objeto de mucha afección y amor, pero no existía como individuo. Estaba considerado como un pequeño hombre desprovisto de palabra (infant = el que no habla) y que no podía bastarse a sí mismo, en consecuencia sin personalidad propia, ya que dependiente completamente de los adultos. A un tal punto, que su vida no era sagrada, si se piensa a la exposición (abandono del niño) permitida por el derecho romano”*. Obviamente, la mujer no disponía de derecho o autoridad alguna sobre los hijos. Así, en caso de repudio o divorcio, sería el “pater familias” quien dispondría de la potestad y la custodia absoluta de los menores.

Como señalan Ibáñez y de Luis (1998), esta práctica se mantuvo en las legislaciones que derivan del Derecho Romano hasta el siglo XIX. El primer atisbo de cambio se inicia con la British Act de 1839 en que se indica que el tribunal conceda la custodia de los hijos menores de 7 años a la madre, y derecho de visita si son mayores de esta edad. Ello ha sido considerado como el inicio de la doctrina de los “tender years”, que propugna que los hijos pequeños deben permanecer bajo el cuidado de la madre, en base a la creencia de que ésta atiende más eficazmente las necesidades emocionales de los niños.



Según indica Kelly (1994), durante los siglos XVII y XVIII América siguió un sistema legal patriarcal. Sin embargo, durante el siglo XIX la preferencia paternal no fue estrictamente aplicada, adoptando algunos estados norteamericanos modelos de estatutos como los sugeridos en la British Act, e iniciándose un proceso de regulación jurídica en el que ambos progenitores tenían derechos similares.

Los cambios sociales de principios del siglo XX traen consigo un cambio en la estructura familiar, especialmente a partir de la revolución industrial y el establecimiento de la familia burguesa, que propicia el trabajo de los varones en las fabricas y que sean las madres las que se ocupen del cuidado de los hijos en el hogar (Clingempeel y Reppucci, 1982; Kelly, 1994). Cambio, que se ve reforzado por el surgimiento del movimiento feminista que pugna por la igualdad de géneros y lucha por la igualdad de deberes y obligaciones.

Finalmente, en 1925, el Guardianship of Infants Act , reconoce los mismos derechos de custodia a ambos progenitores, en respuesta a las reivindicaciones femeninas en este sentido.

En los años cuarenta se produce el apuntalamiento intelectual de la línea doctrinal basada en la “tender year”, sustentándose en gran medida en la teoría psicoanalítica freudiana. Siendo observable su resultado en los procesos judiciales, en los que los padres, para alcanzar la custodia de sus hijos tenían que demostrar que la madre era inadecuada e ineficaz.

Un aspecto fundamental que influenciará enormemente la evolución de las regulaciones en torno a la tenencia de los hijos, se relaciona con la Declaración Universal de los Derechos de los Niños en el año 1959, a partir de la cual los niños empiezan a tener derechos propios, de forma personal e independiente a los de sus progenitores. Este cambio hacia el interés del niño se consagraría posteriormente en 1989 con la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño que



sitúa claramente al menor en situación de objeto de protección a la vez que sujeto de derecho.

A partir de la década de los 70, la lucha por la igualdad de los sexos y la evolución de los derechos de los niños mencionados, propician que muchos estados norteamericanos abandonen la presunción maternal a favor de leyes neutrales en cuanto a género. Paralelamente, aunque con variaciones, la mayoría de estados fueron adoptando la “Uniform Marriage and Divorce Act, de 1970, en la que se establece como norma el estándar el “mejor interés del menor” iniciándose la doctrina que actualmente sustenta mayoritariamente las legislaciones sobre custodia infantil. Por primera vez en la historia, las decisiones de custodia, se basaron en consideraciones de las necesidades e intereses de los niños y no en el género y/o los derechos de los padres.

El cambio de perspectiva propicia también la aparición de un nuevo tipo de custodia: la compartida (Joint custody), estableciéndose el primer estatuto que la recoge a nivel jurídico en California, en 1979.

En 1991 más de cuarenta estados norteamericanos tenían estatutos que contemplaban la custodia compartida como presunción o preferencia, limitándose otros estados a recoger únicamente el concepto.

En relación a nuestro contexto, la ya citada Ley del divorcio de la Segunda Republica, a pesar de su carácter progresista, establecía que, a falta de acuerdo, los hijos permanecerían con el cónyuge inocente, haciéndose eco de la también tradicional línea culpabilizadora desde una perspectiva moral, que venía subyaciendo en las diferentes legislaciones.

La situación existente en España desde el final de la Republica hasta 1981, suponía, como hemos visto, la defensa de la familia como núcleo estable. Además, bajo el



criterio de que todo el poder de decisión recaía en la figura del padre. Por tanto, la patria potestad y subyacentemente la guarda y custodia de los hijos correspondía a éste, salvo circunstancias extraordinarias como las descritas en el artículo 105 del antiguo Código Civil (vigente hasta 1981): *“el adulterio”, “la violencia ejercida por un cónyuge sobre otro para obligarle a cambiar de religión”, “la propuesta del marido para prostituir a su mujer”, “el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución”,* etc; en cuyo caso se podría otorgar a la madre siempre bajo la consideración de “cónyuge inocente” si se constataba alguna de estas causas. (Ibáñez y de Luis, 1998, en referencia a Ortuño,1993).

Con la nueva legislación de 1981 (Ley 11/81 de 13 de mayo de 1981 y Ley 30/81 de 7 de julio de 1981), se incorpora el derecho de ambos progenitores a ejercer la patria potestad. Respecto a la guarda y custodia, la doctrina “tender years” se vio claramente reflejada en el artículo 159, que disponía que *“Si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo, que el Juez, por motivos especiales, proveyera de otro modo”*. La norma convivía con los artículos 154 y 92 del Código Civil que sostenía el criterio del “interés del menor”. Esta regulación prevaleció hasta la modificación del artículo 159 en 1990 (Ley 11/90 de 15 de octubre de 1990) en que desaparece la tendencia a la doctrina “tender year” e incorpora factores referidos manifiestamente al menor.

Esta Ley (Ley 11/90), que ha prevalecido hasta la reciente reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil (Ley 15/2005 de 8 de julio de 2005) era, no obstante, poco explícita en cuanto a criterios . Concretamente, el artículo 92 del Código Civil establecía: *“las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por*



uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos”.

Con la aprobación de la ley de 8 de julio de 2005 (Ley 15/2005), el citado artículo sufre una gran modificación al establecer claramente la posibilidad del ejercicio exclusivo de la patria potestad, subrayar la audiencia del menor y, especialmente, por reconocer la posibilidad de establecer la custodia compartida de los hijos.

En relación a los criterios, en general, apela al estándar del mejor interés del menor, explicitando únicamente situaciones de franco riesgo para el menor, pero subraya la conveniencia de recabar el dictamen de especialistas cuando el juzgador lo considere necesario, como puede apreciarse en lo indicado en el artículo 92 que transcribimos a continuación:

Artículo 92.

- 1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*
- 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*
- 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.*
- 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.*



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

6. *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír 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, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

7. *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

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

9. *El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas*



debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Esta reciente modificación de la Ley, no ha estado exenta de polémica y ha producido un gran debate social al reconocer explícitamente, por primera vez en nuestro país, la posibilidad de optar por la custodia compartida.

3.2. Tipos de guarda y custodia. Diferencias respecto al ámbito anglosajón.

Podemos definir los tipos de guarda y custodia posibles en dos básicos: en exclusiva y compartida, a su vez, si hay varios hijos, pueden subdividirse en diversas posibilidades. A continuación referimos brevemente los distintos tipos al uso en España:

- **Custodia exclusiva:** uno de los progenitores ejerce la custodia de todos los hijos.
- **Custodia compartida:** ambos progenitores comparten la custodia de todos los hijos en periodos previamente establecidos.
- **Custodia repartida:** unos hijos permanecen bajo la guarda y custodia de la madre y otros hijos con el padre, ya sea de forma exclusiva respecto a cada hijo o compartida en alguno de ellos.

Existen algunas diferencias entre nuestra tipología y la utilizada por otros países que es preciso destacar por cuanto pueden afectar a ciertas inferencias realizadas por los técnicos teniendo en cuenta los resultados de estudios del entorno anglosajón. Especialmente, el termino “custodia compartida” en nuestro país conlleva confusión ya que en el ámbito anglosajón puede venir referida a la responsabilidad legal, la física o ambas, por lo que creemos que posiblemente en algunas ocasiones se pueda



haber tendido a extrapolar algunos factores sin tener en cuenta las diferenciaciones existentes en nuestro entorno.

En España, todas las regulaciones jurídicas desde la Ley de 13 de mayo de 1981 (Ley 11/81), han señalado el derecho de ambos progenitores (salvo causa grave que determine su privación) a ejercer la Potestad sobre sus hijos, entendiéndose ésta como: el conjunto de derechos y deberes que la Ley asigna a los progenitores sobre la persona y bienes de los hijos menores. A nivel práctico, el concepto hace referencia a lo que en otros países se entiende por “custodia legal”, que permite que el progenitor (custodio o no custodio) participe en las decisiones relevantes que afecten al menor (salud, educación, etc).

En EE.UU. no existe este criterio y el progenitor que ostenta la guarda y custodia suele también ejercer la Potestad. En el caso de la custodia compartida ello ha supuesto el uso de dos términos diferenciados: “joint custody” que implica tanto la custodia física como legal de forma conjunta por ambos progenitores y “shared custody”, que considera exclusivamente la custodia conjunta física, siendo la potestad ejercida de forma exclusiva por un progenitor.

En nuestro contexto, la guarda y custodia compartida se entiende como la “joint custody” americana, sin que sea posible o viable que se produzca la opción “shared custody” a nivel legal, ya que salvo casos realmente muy excepcionales la Potestad sobre los hijos siempre es de forma compartida.

La custodia repartida, como hemos indicado, implica que uno o más hijos se quedan a cargo de un progenitor y el resto con el otro. En nuestro entorno, ambos progenitores continuarían ejerciendo la Potestad, pero al igual que en los otros casos no necesariamente sería así en otros países. En general, este tipo de custodia no suele recomendarse salvo en casos muy puntuales, por ejemplo, la existencia de relaciones fraternales destructivas (Justicia y Cantón 2000).



En nuestra opinión, esta diferenciación señalada puede estar afectando en la adopción de determinados criterios de la custodia compartida basados en el entorno americano que tal vez no son validos en el nuestro, o bien estos criterios deberían también valorarse en la custodia exclusiva que implica Potestad compartida como es nuestro caso.

3.2.1. Custodia Exclusiva vs Custodia Compartida

Por el gran interés técnico y social que ha suscitado esta cuestión y el gran debate que hay abierto en nuestro contexto, nos parece adecuado referir brevemente la base de las posiciones enfrentadas y las suposiciones o creencias subyacentes.

En síntesis, los defensores de la custodia exclusiva sostienen la idea de “estabilidad”, desde la perspectiva más material del término, entendiendo que la evolución del menor puede verse afectada de forma negativa si es sometido a cambios que afectan a su entorno y rutinas cotidianas. Asimismo, desde entornos feministas, se tiende a defender activamente la custodia exclusiva por cuanto se considera que es la que responde al mejor interés del menor al respetar la figura del cuidador primario -la madre- Kelly (2000).

En el caso de la compartida, el sustento básico lo encontramos en el concepto de “coparentabilidad” (igual implicación de ambos progenitores) que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho fundamental del niño a disfrutar de ambos progenitores con las implicaciones emocionales y educativas que ello conlleva. En esta línea se ha regulado jurídicamente esta modalidad de custodia en algunos estados Norteamericanos que presumen que la custodia física conjunta de los hijos coincide con el mejor interés del niño y por tanto lo que deben justificar los jueces, en su caso, sería la denegación de la misma. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la regulación de California (California Family Code. Art. 3040):



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

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

Recientemente, desde una perspectiva psicológica, Kelly (2000) en un trabajo de revisión ofrecía conclusiones que avalaban la idea de que la custodia compartida da lugar a un mejor desarrollo del menor ya que en los estudios revisados encontraba que se apreciaba una mayor satisfacción de los niños, de los progenitores, un mayor grado de adaptación en los menores y menor grado de conflicto interparental. En similar sentido se pronuncia Bouserman (2002), en su trabajo de revisión del ajuste de los niños a las dos opciones de custodia con una metodología de meta-análisis, al concluir que los niños en situación de custodia compartida aparecen mejor adaptados en diferentes tipos de medidas en comparación con los niños que se encuentran en custodia exclusiva y que, de hecho, los niños en situación de custodia compartida no difieren en sus niveles de ajuste de los que residen en hogares intactos. En nuestro contexto, algunos autores españoles (por ejemplo: Fariña y Arce, 2006, pp, 252) se refieren actualmente a esta modalidad como *“la forma ideal para los menores y para los padres”*.



Algunos autores han trabajado en el establecimiento de factores implicados en el éxito de la custodia conjunta, en este sentido Coller (1988) indicó su recomendación cuando:

- La percepción de un progenitor respecto al otro es como alguien competente e importante para el niño.
- Existe proximidad geográfica.
- Se respetan los acuerdos adoptados sobre manutención.
- Hay bajos niveles de relitigio
- Se incrementan los contactos del niño con el progenitor al que tenga menos acceso.
- Se da una preferencia de los niños por este tipo de custodia.

Desaconsejándola cuando:

- Se da una incapacidad de los padres para cuidar de los hijos.
- Existe consumo de drogas.
- Los progenitores mantienen relaciones hostiles.
- Hay un rechazo expreso de este acuerdo por parte de uno de los progenitores.

Otros factores que se han señalado para desaconsejarla incluyen: si los niños son muy pequeños (preescolares) (Wallerstein, 1986), tienen problemas emocionales o están siendo manipulados por sus padres, así como que el acuerdo haya sido impuesto judicialmente.

No obstante, desde nuestra perspectiva, mantener el debate dicotómico: custodia compartida vs exclusiva es un error, ya que a nivel técnico son numerosas las variables que definirían la conveniencia de uno u otro tipo, siendo necesario por tanto mantener la perspectiva “caso a caso”.



4. CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA RECOMENDACIÓN DE UN TIPO DE CUSTODIA.

Antes de proceder a la descripción de los criterios que se han ido consolidando y han sido descritos por los diferentes autores, debemos realizar una pequeña clarificación en cuanto al uso del término “criterio”: “norma para conocer la verdad” (Diccionario de la Real Academia Española, 2007); en este contexto, consideramos adecuada la acepción otorgada por otros autores (Granados, 1990, Ramírez, 2003) que entienden que tratamos únicamente de referir: “lo que se tiene en cuenta” cuando se valora una situación en la que debe recomendarse un sistema de guarda y custodia, patria potestad y/o, en sentido genérico, todo aquello que afectará a las relaciones del menor con sus progenitores tras la separación / divorcio.

El establecimiento de estos criterios se ha ido conformando bajo las diferentes influencias socio-culturales y gracias a las diferentes aportaciones de las investigaciones sobre la temática, siendo importante señalar su estrecha vinculación con la situación concreta a la que se refiere y, por tanto, aplicables únicamente a este contexto.

Otra especificación que consideramos necesaria, estriba en dos aspectos fundamentales que creemos superan el concepto de criterio que hemos definido. Nos referimos a los conceptos: “mejor interés del menor” y “padre psicológico”. Algunos autores, los han descrito *“más como principios que deben dotarse de contenido que no como criterios”* (Ramírez, 2003). En este mismo sentido se han pronunciado otros autores respecto al “mejor interés del menor”. Granados(1990), señala: *“ha dejado de ser considerado un verdadero criterio diferenciador para convertirse en un principio general”* Así mismo, en un reciente artículo, Margo Anne Kushner (2005) cita al respecto: *“Se ha convertido en un significativo estandar universal que influencia las determinaciones de guarda y custodia de los niños”*.



Desde nuestra perspectiva, vamos a tratarlos de forma sensiblemente diferenciada, considerando efectivamente como “principio” (Diccionario de la Real Academia Española: Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta) el concepto del “mejor interés del menor”, considerando el concepto de “padre psicológico” como uno de los “criterios” que, como veremos, son intentos de operativización del principio fundamental.

4.1. El principio “mejor interés del menor”

“En una sociedad tan extraordinariamente diversificada, profundamente marcada por las divisiones raciales y religiosas, con variedades profundas en economía, geografía, e, incluso, en grado de urbanización, no hay consenso sobre lo que es bueno para los niños”
Maccoby y Mnookin, (1992)

Como indicábamos anteriormente, el revolucionario cambio que se produjo en los años 70 del siglo XX, adoptando la consideración de este concepto como el principio aplicable en la custodia de los hijos y que se ha consolidado en todas las doctrinas jurídicas del mundo occidental, supuso centrar el interés de técnicos y juristas en las necesidades e intereses de los niños en detrimento de las demandas parentales, estereotipos sociales, o la tradición legal; manteniendo además (al menos desde una visión aparente) una norma libre de influencia de género, propiciando que los progenitores implicados significativamente en el cuidado de los hijos, puedan ser reconocidos, saliendo del criterio de la presunción del rol maternal.

Además, autores como Kelly (1994), han resaltado que *“El estándar de los mejores intereses indicó una buena voluntad de parte del sistema legislativo de considerar resultados de la custodia sobre una base del caso por caso, más bien que niños como clase o agrupación homogénea”*, considerando altamente apropiado este cambio hacia un acercamiento individualizado hacia el menor. Es importante



señalar que los proponentes de esta perspectiva defienden que con la descripción de criterios adecuados, un evaluador imparcial que reúna datos suficientes sobre la familia y una mayor accesibilidad y potenciación de la investigación, los jueces dispondrían de adecuados elementos de juicio respecto a las necesidades de los niños.

Desde ese momento, es claramente observable la obviedad que encierra el principio al reconocer los Derechos Fundamentales del menor, sin embargo, aunque esta cuestión es clara, el concepto en sí, resulta impreciso, sin que exista consenso completo entre juristas o profesionales de la salud mental con respecto a cuáles son los mejores intereses del niño, al no describir qué es aquello que clara y objetivamente constituye “el mejor interés”.

Es por este motivo, que en un intento de conseguir una operativización del principio, y así tratar de dar uniformidad al proceso de toma de decisión de la custodia, algunos estados fueron adoptando listados de múltiples criterios que ayudasen en la consideración del “mejor interés del menor”. Las referencias iniciales, señalan la Uniform Marriage and Divorce Act de (1970), que define el mejor interés del menor, contemplando los siguientes factores:

1. Los deseos de los progenitores en cuanto a la custodia.
2. Los deseos de los niños sobre su custodia.
3. La interacción y relación de niño con sus progenitores, sus hermanos y cualquier otra persona afectivamente significativa.
4. El ajuste de los niños a su casa, su escuela y la comunidad.
5. La salud física y mental de todos los individuos implicados.



No obstante, como puede observarse, estos primeros criterios a pesar de que representan unas líneas guías iniciales, continúan siendo excesivamente abiertos dificultando la aplicación del principio por parte de jueces, abogados y evaluadores al permitir la interpretación subjetiva que cada operador pueda realizar de la norma.

A nivel técnico se ha destacado especialmente la Michigan Custody Act de 1970, donde se contemplaron 12 criterios para determinar la custodia de los hijos, y que ofrece una mayor aproximación a las posibles variables significativas:

1. El amor, afecto, y otros lazos emocionales que existen entre las partes implicadas y el niño.
2. La capacidad y la disposición de las partes implicadas para dar al niño amor, afecto y guía y para continuar la educación y criar al niño en su religión o credo, si lo hay.
3. La capacidad y la disposición de las partes implicadas para proveer al niño alimento, ropa, asistencia médica o otro cuidado sanitario reconocido y permitido bajo leyes de este estado en lugar de asistencia médica, y otras necesidades materiales.
4. El espacio de tiempo que el niño ha vivido en un ambiente estable, satisfactorio, y la deseabilidad de la continuidad que mantiene.
5. La permanencia, como unidad familiar, que supone el hogar u hogares custodios propuestos o existentes.
6. La aptitud moral de las partes implicadas.
7. La salud mental y física de las partes implicadas.



8. El ajuste de los niños en su hogar, escuela y comunidad.
9. La preferencia razonable del niño, si el juzgador considera que el niño tiene suficiente edad para expresar preferencia
10. La buena voluntad y la capacidad de cada uno de las partes para facilitar y animar la continuidad de la relación parento-filial entre el niño y el otro progenitor
11. Violencia doméstica, sin importar si la violencia fue dirigida o presenciada por el niño.
12. Cualquier otro factor que el juzgador considere relevante en un conflicto particular de la custodia del niño.

Desde nuestra disciplina es destacable el intento de operativización de Sthal (1994), que señaló seis aspectos que el técnico debía valorar:

- a) La situación parental más adecuada es la que contempla que los dos progenitores deben estar tan involucrados como sea posible en la vida cotidiana del menor.
- b) A la vez de facilitar que el niño pueda relacionarse con ambos progenitores, el niño ha de poder observar que sus padres pueden mantener una relación post-divorcio relativamente libre de hostilidades.
- c) El reparto de tiempo de los niños entre sus progenitores ha de procurar reducir el número de intercambios en periodos cortos y, de suceder, han de suceder de manera natural en la vida del niño.



- d) Las recomendaciones sobre guarda y custodia y régimen de visitas han de ajustarse a los requerimientos propios de la edad y capacidades del menor.
- e) Cuando existe un conflicto importante entre los progenitores, o entre un progenitor y el hijo, ha de intentarse una intervención tendiente a solventar o amortiguar el nivel de conflicto.
- f) Si uno de los progenitores presenta disfunciones psicológicas, comportamientos inadecuados o se encuentra inmerso en una relación física o emocionalmente perjudicial para el menor, deberá primar siempre el interés de éste por encima del de los padres.

Como vemos Sthal (1994) propone unas directrices nuevamente vagas pero que tratan de ofrecer una pauta adecuada al bienestar del menor apelando a la necesidad de que se produzca una buena colaboración parental.

Así, a pesar de los sucesivos esfuerzos para dotar de contenido operativo al principio, se mantiene una cierta imprecisión ya señalada y que autores como Grisso (1986) relacionan con la falta de congruencia entre los criterios usados y los constructos psicológicos. El autor precisa, por ejemplo, que aunque se reconoce por todos que para determinar el mejor interés del menor es importante valorar las habilidades y capacidades parentales, existe un desacuerdo considerable en cuanto a “que es” lo que constituye una parentalidad eficaz.

Desde la perspectiva jurídica, en nuestro país, en la magistral revisión jurisprudencial publicada por Montero en el año 2001, apreciamos como el autor reconoce abiertamente *“los problemas empiezan a aparecer cuando se trata de determinar que es lo mas beneficioso para los hijos, y llegan hasta el extremo de que cuando se trata de dar una respuesta general se corre el riesgo de incurrir en*



generalizaciones inútiles o en abstracciones que no son más que un escape al compromiso de encontrar una respuesta”.

En conclusión, como indica Granados (1990, pg, 221) *“la cuestión ya no es, el mejor interés del niño, que no se niega, sino cual es el contenido y sentido de dicho interés”*. Por ello, numerosos investigadores de nuestra disciplina han intentado delimitar con mayor precisión los criterios adecuados para valorar la opción de custodia que mejor responda al “mejor interés del menor”. Seguidamente intentaremos describir con mayor detalle aquellos más citados por los estudios contemporáneos, que cuentan con mayor sustentación teórica y empírica y cuyo uso podría estar más establecido.

4.2. Padre psicológico

El término fue propuesto por Goldstein, Freud y Solnit (1973) en la obra que titularon *“Beyon the best interests of the child”* y que constituye un punto de referencia obligado de los operadores implicados en procesos de separación / divorcio. Los autores, resaltan la importancia de los vínculos emocionales que el niño establece con sus progenitores, sin olvidar la importancia de la capacidad de éstos para atender adecuadamente a los niños:

“...El apego resulta de la atención cotidiana a las necesidades del niño: cuidados físicos, alimento, confort, afecto y estimulación. Sólo un padre que provee a estas necesidades podrá construir una relación psicológica con el niño sobre las bases de lo biológico y llegará a ser padre psicológico con cuya atención el niño se sentirá valorado y querido”(pg 17)

Como puede observarse, muchos de los criterios descritos en la Michigan Child Custody Act estarían incluidos en la definición, constituyéndose a nuestro entender como criterio general que también requiere de una mayor operativización.



Numerosos autores han utilizado el concepto de padre psicológico, acentuando un aspecto concreto que constituiría el elemento clave a diferenciar en una valoración y que incluyen desde el estilo educativo hasta la capacidad para diferenciar el rol parental del conyugal, pasando por cuestiones como las habilidades para estimular adecuadamente al menor. En concreto nos parece adecuado señalar los factores indicados por aquellos autores que han recomendado tener en cuenta las diferencias entre los dos padres en la calidad de la vinculación, como criterio importante para las decisiones sobre la custodia (Museto, 1980; Chasin y Grunebum, 1981). Bajo esta perspectiva, se decidiría por el que se muestra:

- Capaz de cuidar su bienestar físico y proporcionarle apoyo, estimulación, guía y límites.
- Con mejor conocimiento del niño y capacidad para apreciar sus necesidades evolutivas y por tanto más realista en sus demandas o más razonable en sus expectativas hacia el niño.
- Con mejor estilo educativo. Con autoridad pero no autoritario. Con una disciplina consistente pero flexible.
- Capaz de ofrecerse como modelo pero con respeto a los derechos del hijo como individuo.
- Capaz de permitir que el hijo exprese sus sentimientos aun cuando sean dolorosos para el padre.
- Con disponibilidad real para el hijo y cuyas motivaciones para la custodia no sean la revancha, la compensación emocional, ganancias secundarias o forzar la reconciliación.



- Con buena disposición para mantener el máximo de continuidad en el universo de relaciones del niño y sobre todo con actitud respetuosa y favorable hacia la relación del hijo con el otro progenitor.

Como vemos, desde el punto de vista de su consideración como “criterio” el concepto de “padre psicológico”, se trataría nuevamente de una noción ambigua, que incorpora una gran cantidad de factores que además presentan dificultades para ser definidos de forma objetiva y operativa. Asimismo, en la definición no se incluye información que permita hipotetizar aspectos como si la cualidad “padre psicológico” es estable o si ambos progenitores podrían ostentar tal denominación. En este sentido, mencionar que a pesar de que en la formulación original del concepto (Goldstein y cols., 1973) se suponía que sólo habría un “padre psicológico”, desde algunos sectores profesionales (Group for the Advancement of Psychiatry, 1980) se ha advertido que con frecuencia ambos progenitores son “padres psicológicos” para el niño y que en interés del niño debe fomentarse mantener ambos vínculos más que tratar de determinar a cual dar mayor prioridad.

4.3. El cuidador primario:

Basado en la idea de la necesidad de continuidad de los niños, básicamente se recomienda que se reconozca y se priorice el mantenimiento de la figura de quien se ha ocupado mayoritariamente de la atención del niño durante el matrimonio.

Aunque desde un punto de vista técnico, puede considerarse el criterio como neutral en cuanto a género, hay sectores que opinan que este enfoque propicia un retorno a la ley de preferencia materna.

Los grupos feministas, defienden este criterio considerando que ampara adecuadamente la estrecha vinculación (apego) madre-hijo. Sin embargo, los oponentes citan numerosas investigaciones que demuestran que los niños



desarrollan un fuerte apego con ambos progenitores en los primeros años de vida. De hecho, a partir de los cinco años de edad, no hay evidencia empírica que sustente la diferente vinculación afectiva al cuidador primario o al secundario. Además, tal y como señala Kelly, (1994), el uso de este criterio presenta algunos problemas:

- Tiende a ignorar la calidad de la relación entre el niño y el cuidador primario, en favor de la contabilización de horas que éste último se encarga de tareas cotidianas concretas.
- Tiende a ser desventajoso para los hombres, aunque sus actividades de cuidado de los niños sean considerables.
- El ajuste psicológico del cuidador primario no es considerado, obviando que este es un factor central en el ajuste post divorcio de los niños, muy bien identificado empíricamente (por ejemplo: Kalter, 1989)

4.4. Las preferencias de los niños:

En muchos estados americanos y también en la Ley española, se regula la necesidad de considerar los deseos de los niños a la hora de determinar su custodia si tienen suficiente edad y capacidad para ofrecer una opinión. Concretamente el código civil español hasta la reciente reforma, consideraba en el artículo 92 que: *“las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”*. Tras la reforma del citado artículo, se subraya la obligación del juzgador de dar cumplimiento a lo que se considera un derecho fundamental del menor: *“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”*. De hecho, como indica Montero (2001), en líneas generales, la jurisprudencia afirma que la voluntad del menor es *“un criterio legal relevante de acomodación de tales*



medidas (las de su cuidado y educación) al principio general destinado a favorecer el interés predominante de los hijos”.

Este señalamiento sobre la necesidad de consultar al menor, esta también recogido en la mayoría de las legislaciones de los EE.UU y en algunos Códigos Civiles europeos (por ejemplo, Francia).

Todas estas regulaciones, obviamente, se encuentran en consonancia con lo establecido en la Convención sobre los derechos de los niños (resolución 44/25 de 20-1-89), que en su artículo 12 indica:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

A pesar de que jurídicamente este criterio parece responder a los Derechos Universales reconocidos a los niños, respondiendo por tanto a su mejor interés, desde un punto de vista psicológico se han indicado dificultades significativas por las que no debería ser nunca un determinante para la decisión de custodia. En este sentido, Hodges (1991) señaló como principales razones para no preguntar la opinión a los hijos:

- La posibilidad de motivos erróneos.



- Una toma de decisión basada únicamente en las condiciones de calidad de vida.
- El peligro de que los niños, guiados por las necesidades de los padres, se conviertan en sus cuidadores.
- La utilización de la elección como una forma de castigar al progenitor que consideran responsable del divorcio.
- La posible manipulación de los menores.
- La posibilidad de que no entiendan cual es la solución más apropiada con vistas al futuro.

El autor, insiste en este último punto en el sentido de subrayar el carácter dinámico y evolutivo de la realidad infantil, incluyendo las fluctuaciones normales en la mayor vinculación con uno u otro progenitor, en función del estadio evolutivo en que se encuentre el menor.

Respecto a la consideración del límite de 12 años para considerar la opinión del menor, que se recoge en numerosas regulaciones jurídicas, en un relativamente reciente artículo, Emery, Otto y Donohue (2005), alertaban de que a pesar de que ello responde adecuadamente a la necesidad de respetar el aumento de autonomía del adolescente y aun reconociendo la dificultad realista de intentar mantener a los menores en una alternativa de custodia no deseada por ellos, es necesario recordar que los deseos de estos niños también pueden estar influenciados por aspectos que no son en realidad los más convenientes para su correcto desarrollo. Un ejemplo podemos encontrarlo en que la influencia que puede tener en la decisión una parentificación (Mussetto, 1980) del menor, es decir, un proceso que implica la identificación del niño con el progenitor percibido como más débil.



Nos parece importante señalar, que en nuestro contexto, se ha venido interpretando más como derecho a “asentimiento” que como derecho a “audiencia”, es decir, resulta frecuente la creencia social de que el menor podrá decidir sobre su situación de custodia, cuando no es esto lo que textualmente expone la Ley. Así parece haber sucedido también en otros contextos, ya que algunos autores explicitan alertando del peligro que ello supone: *“En vez de dar al niño el derecho a opinar, tales regulaciones dan a los niños la responsabilidad de tomar decisiones que los adultos no han podido tomar por si mismos”* (Emery, 2003)

Los menores deben tener ocasión de sentirse escuchados y la información directa de que disponen es sin duda de obligada consideración, no obstante, en ningún caso deben sentirse responsables de la conclusión de técnicos y/o juristas, asumiendo una responsabilidad que, sin duda, no les corresponde.

4.5. Acceso al otro progenitor (progenitor más benevolente /más generoso):

Según informa Kelly (1994), durante las décadas en que en EE.UU. prevaleció la presunción de preferencia materna, la figura paterna perdió significación en cuanto a la relación con el óptimo desarrollo de los hijos. Muchos padres perderían totalmente el contacto o éste sería infrecuente y discontinuo.

A partir del aumento de divorcios en América en los años 70, numerosos investigadores dedicaron su atención a la adaptación post divorcio de los hijos. Los estudios (con niños que se encontraban en custodia maternal exclusiva) mostraron que los menores presentaban una intensa insatisfacción en relación a la frecuencia del contacto con su padre (Wallerstein y Kelly, 1980; Hetherington y Cox y Cox, 1982 ;Amato, 1987).

En respuesta a estos hallazgos, algunas legislaciones comenzaron a señalar la conveniencia de mantener un contacto continuado y frecuente con el otro



progenitor, ampliando progresivamente los derechos de visitas del progenitor no custodio. Así mismo, en algunos estudios aparece como criterio fundamental o de primer orden en la toma de decisión de la custodia (Chasin y Grunebaum, 1981; Musetto, 1981; Maccoby y Mnookin, 1992). Y se encuentra también en la base sustentadora de la opción de custodia conjunta (Joint custody). De hecho, algunos estados Norteamericanos (p.e. Pennsylvania o Nevada) consideran como criterio de gran relevancia a la hora de atribuir la custodia exclusiva la consideración de cual de los progenitores se muestra más dispuesto a facilitar y potenciar el contacto con el progenitor no custodio. Así también se recoge en Canadá a través de la Divorce Act (1985) que en su artículo 16(10) establece: “ *El tribunal aplicará el principio de que el hijo de un matrimonio debe tener tanto contacto con cada esposo como sea consistente con el mejor interés del niño y, para ese propósito, tendrá en cuenta la buena disposición de la persona a quién se otorga la custodia para facilitar tal contacto*”.

Sin embargo, la importancia del contacto continuado con el progenitor no custodio ha sido cuestionado a partir de resultados obtenidos en algunas investigaciones que encuentran ausencia de relación entre la frecuencia de las visitas y el ajuste post-divorcio de los niños (Kalter, 1989; Furstenberg, et al., 1987). Las conclusiones de los investigadores indican que el ajuste psicológico del progenitor custodio y la posible extensión del conflicto matrimonial a la situación post-divorcio son mayores influencias en el ajuste de los niños que no la frecuencia de las visitas con el progenitor no custodio.

La conclusión genérica sería que la continuidad post- divorcio de la implicación del padre, sería beneficiosa para los niños en algunas circunstancias; concretamente: cuando el progenitor no custodio tiene una buena relación previa con los niños y mantienen una pauta de visitas amplia y flexible (Heley, Malley y Stewart, 1990) y el progenitor custodio aprueba la continuidad de estos contactos (Kurdek, 1988).



Especialmente importante es este último aspecto, ya que aun cumpliéndose los demás, para poder llevar a la práctica esta recomendación, es necesario que el progenitor que ostente la guarda y custodia facilite y respete este contacto. En este sentido, diversos autores han indicado como criterio concreto para la toma de decisión de custodia, bajo la denominación “actitud hacia el otro progenitor” y que recoge implícitamente tanto la consideración unitaria de que la conflictividad interparental que afecta a los menores tiene efectos negativos sobre ellos, cómo la necesidad de los niños de mantener una relación positiva con ambos progenitores.

En concreto, se trata de considerar la necesaria comunicación y respeto entre los padres en relación a los aspectos que afectan a los niños y que la relación del niño con uno de los progenitores no se vea minada por el otro, sino que pueda desarrollarse de forma adecuada, flexible y gratificante para el niño. En este sentido, la denigración de un progenitor por el otro es uno de los efectos más dañinos para el menor que puede conllevar el divorcio (Hayden, 1984; Gardner, 1985,)

En definitiva, se trata de tener en cuenta quien es el progenitor que acepta más fácilmente la relación del menor con el otro padre. De hecho, Chasin y Grunebaum (1981) lo establecen como primer criterio a valorar para la decisión de custodia: *“el que favorezca la relación del niño con el otro progenitor y se muestre más objetivo y respetuoso respecto a él”*.

En la práctica, este criterio está teniendo una gran repercusión a nivel jurídico, observándose actualmente una tendencia a superar las posiciones dicotómicas de progenitor custodio vs no custodio, a favor de la “coparentabilidad”, que conlleva la implicación de ambos progenitores en la vida del niño a fin de favorecer una mejor adaptación.



4.6. Continuidad intra y extra familiar:

Este criterio deriva de la consideración de que los cambios son generalmente fuente de estrés, especialmente si son importantes y/o si el individuo percibe que escapan de su control. En el caso de los niños, cabe apuntar que en función de su estadio evolutivo se suman limitaciones relacionadas con la posible falta de estrategias de afrontamiento que les permita adaptarse adecuadamente.

La incidencia de los cambios que generalmente puede comportar el divorcio, dependerá de cada caso concreto, no obstante, numerosas investigaciones han destacado la influencia de los cambios (sistema y figuras de cuidado, separación de los hermanos, relaciones familiares, domicilio, escuela...) en el ajuste post-divorcio de los niños (Wallerstein y Kelly, 1980; Hetherington y cols, 1988).

Por ello, autores como Martín (1991) insisten en la necesidad de preservar la continuidad refiriendo: *“si la separación conlleva para el niño cambios de domicilio, de escuela, de amigos, etc., tendrá que afrontar un mayor número de factores estresantes y de desorganización personal. Al conservar la continuidades efectivas, sociales y espacio-temporales, tendrá más oportunidades de mantener su integridad y de evitar sufrimientos”*.

En general, el criterio tal y como se ha ido planteando y justificando, podría considerarse como “preventivo” al pretender que el niño sea lo menos afectado posible por el conflicto familiar, evitándole tener que enfrentarse a rupturas y pérdidas en su entorno geográfico, afectivo, social... Y, aunque con especificidades, la práctica totalidad de autores que han propuesto criterios desde nuestra disciplina o han tratado de analizar los ya usados, recogen la idea de continuidad. Asimismo, los datos disponibles sobre la jurisprudencia en España (Montero, 2001), nos indica la reiteración por parte de los magistrados del uso de criterios como “no alteración del entorno”, “estabilidad”, “continuidad” o “mantener una situación consolidada”.



Situaciones ambas que vienen a demostrar la amplia aceptación del criterio en un sentido práctico.

La crítica fundamental a este criterio puede establecerse en la consecuencia observable a nivel jurídico, que puede justificar las decisiones conservadoras de tender a mantener la situación descrita en el procedimiento, sin plantearse, por ejemplo, si la organización familiar previa a la ruptura es favorable a los intereses de los niños. O, como han señalado algunos autores (Clulow, 1987), el hecho de que el pasado no necesariamente condiciona el futuro porque el divorcio de “per se” introduce cambios que pueden afectar al tipo y calidad de la relación tanto con el padre custodio como con el no custodio.

4.7. Estado emocional y ajuste psicológico de los padres.

Criterio clásico donde los haya, éste ha constituido el caballo de batalla tradicional y más claramente reforzado por las diferentes regulaciones jurídicas y también es el primero al que, incluso actualmente, se remite la sociedad.

Hasta tres aspectos se han venido relacionando con este criterio por parte de los diferentes autores. Primeramente, se ha relacionado con las dificultades de aceptación de la separación que impedirían al adulto llevar a cabo la elaboración adecuada, dificultando la apropiada reconstrucción de la vida propia y familiar.

En segundo lugar este criterio tiene que ver con el grado de conflictividad interparental derivado o no de las respectivas situaciones emocionales. Aunque está ampliamente comprobado que la cooperación, el apoyo mutuo y la no confrontación tiene efectos positivos en los hijos, y que cuando se producen conflictos continuados entre los progenitores los hijos tienden a desarrollar más problemas de adaptación (Amato, 1993), según sugieren los resultados de Maccoby y Mnookin (1992), sólo



una cuarta parte de divorciados consigue establecer este tipo de relación y un número similar mantiene unas relaciones altamente conflictivas.

Una tercera cuestión está relacionada con la presencia de desajustes emocionales o la presencia de psicopatología activa y su influencia en la capacidad parental. En las directrices de la APA (1994), citadas anteriormente, se señala explícitamente que la psicopatología puede ser relevante en tanto tenga impacto sobre el niño o sobre la capacidad del progenitor que la sufre, pero no debe considerarse el foco de evaluación principal. No obstante, algunos autores (Taylor y cols, 1991) han demostrado que es frecuente la relación entre presencia de psicopatología en los progenitores (trastornos severos o retraso mental) y comportamientos negligentes o abusivos hacia los hijos. Emery (1999b) llegó incluso a sugerir los trastornos en los padres que consideraban especialmente preocupantes por su repercusión en los niños en casos de divorcio: *“la depresión, el comportamiento antisocial, enfermedad mental importante (p.e. esquizofrenia o trastorno bipolar) y desordenes de la personalidad o abuso de sustancias”*. Para esta afirmación, el citado autor, resalta los resultados de diversos estudios sobre los efectos en los niños que conviven con progenitores que presentan las mencionadas patologías, resaltando que éstos parecen apuntar a una mayor probabilidad de que los niños desarrollen trastornos psicopatológicos. Con todo y con ello, el autor reconoce que es preciso establecer el nivel de funcionamiento respecto a los hijos del progenitor enfermo, antes de considerar su inaptitud para su cuidado, concluyendo, en una posición que da reconocimiento a lo indicado en las directrices APA (1994): *“Un diagnóstico parental no es la preocupación primaria para decidir la custodia; la importancia debe ponerse en el impacto que supone el funcionamiento psicológico parental en el desarrollo y el comportamiento del niño”* (Emery, 1999)

En general, tal y como indica Ramírez (2006), la personalidad y el ajuste psicológico de los progenitores ha recibido mucho énfasis en las evaluaciones de custodia, especialmente en los momentos en que la evaluación se regía por criterios



negativos tratando de contrastar la presunta incapacidad de uno de los progenitores. Sin embargo, las críticas sobre este hecho han sido una constante por parte de los expertos que además han resaltado que ello ha supuesto un abuso de las pruebas psicológicas tradicionales en el psicodiagnóstico clínico pero no validadas para entorno forense, con el consecuente compromiso en la fiabilidad y validez de los datos. (Grisso, 1986,1990).

Finalmente, también cabe considerar que la presencia de ciertos indicadores de desajuste en el momento de evaluación, pueden responder a aspectos circunstanciales contingentes con la situación de crisis y no llegar a conformar una entidad realmente psicopatológica. O bien, el momento de crisis puede exacerbar estados que se encontraban compensados o en estado premórbido. En este sentido, en nuestro contexto, debemos resaltar la aportación de Ibáñez y Ávila (1990) que siguiendo a Grisso (1986) referían aspectos a tener en cuenta en la evaluación de la idoneidad de los padres que podrían sesgar los datos:

- Factores de estrés situacional, asociado a sucesos particulares, muchas veces aquellos que tienen que ver con la separación o divorcio.
- Estrés producido por las exploraciones psicológicas, que altera la presentación de conductas y recursos de los padres.
- Bajo rendimiento en las exploraciones o inhabilidad para presentarse como buenos padres por carencia de información o de habilidades de comunicación.
- Por efecto de alteración o déficit mental, trastornos de personalidad o conducta, que alteren o distorsionen su capacidad como padres, pero que no la anulen



4.8. Edad de los niños

Obviamente y como ya se ha indicado anteriormente, los menores son sujetos en desarrollo, por ello, será siempre necesario considerar las necesidades específicas que puedan derivarse en función del estadio evolutivo en el que se encuentre el niño. Ello implicaría la conveniencia de establecer diferentes sistemas de custodia y/o de pautas de visita con el no custodio en función de la edad de los niños. No obstante, la generalización es a todas luces imposible ya que se caería fácilmente en soslayar la importancia de los demás factores. Sin embargo, tal y como ya señalaba Lewis (1974), también resulta imposible establecer un criterio general para la guarda y custodia sin tomar en consideración las necesidades de los niños en función del momento evolutivo y los distintos efectos que puede provocar el hecho de la ruptura familiar en relación a la edad del menor.

Los resultados obtenidos en los diferentes estudios longitudinales realizados sobre los efectos del divorcio (Wallerstein y Kelly, 1980, Hetherington y Cox y Cox, 1979), al explicitar los efectos y reacciones ante la ruptura en función de la edad de los menores, han ofrecido a los profesionales información valiosa a la hora de realizar sus valoraciones y recomendaciones. Es de resaltar el trabajo desarrollado por Hodges y Bloom, (1984) y Hodges (1986, 1991) donde sintetizan los distintos estudios en cuanto a los efectos del divorcio en función de la edad de los niños, realizando una serie de recomendaciones respecto a los regímenes de visitas en relación precisamente al nivel evolutivo del menor.

Este criterio también se ha expresado en diversos momentos en regulaciones jurídicas, baste recordar la influencia de la doctrina de “la tierna edad” o, como veremos más adelante en el punto sobre el deseo del menor, las referencias a la capacidad de los niños por opinar y hasta cierto punto decidir, sobre su custodia si se le considera suficientemente mayor.



También resulta interesante apreciar que un estado como Michigan con una Ley tan mencionada a nivel de criterios, en su primer estatuto para regular la custodia (Act 193 de 1873) presumía que los niños menores de 12 años debían ser asignados a sus madres y los mayores de esa edad al padre (Fox y Kelly, 1995 en referencia a Cardinal y Nigro, 1981).

A pesar de que en los años 80 la regulación de Michigan ya no recogía explícitamente referencias a la importancia de la edad, en un trabajo publicado en 1995 por Fox y Kelly en el que analizaron 509 casos del condado de Michigan encontraron que la edad del menor influenciaba la posibilidad de que el custodio fuese la madre o el padre, concretamente, las posibilidades de custodia paterna aumentaban con la edad del hijo mayor de la pareja.

4.9. No separación de los hermanos.

Para algunos autores (Granados,1990) este criterio estaría incluido en el de continuidad en el sentido intra-familiar *“a la perdida que puede suponer para el menor la separación de sus padres hay que evitar que se sume la pérdida de las relaciones fraternas”*.

En nuestro país, este criterio había venido siendo específicamente subrayado por la regulación legal, que en el recientemente modificado artículo 92 del Código Civil especifica “procurando no separar a los hermanos”, presumiendo por tanto, que dicho hecho podría resultar perjudicial a los menores.

No obstante, algunos autores han ofrecido datos que sugieren que en algunos casos cabe considerar lo que ha venido a denominarse “custodia repartida”. Específicamente, se indica que esta podría ser una opción adecuada por ejemplo, en aquellos casos en los que existiera una relación fraterna destructiva o una toma de partido por parte de cada menor, que resulte irreducible (Chasin y Grunebaum, 1981; Hodges, 1986).



4.10. Infraestructura.

Dentro de este criterio se engloban todos aquellos aspectos que tienen que ver con el entorno en un sentido general y que encontramos reflejados de una forma u otra como factores a valorar: desde la disponibilidad horaria de cada progenitor, hasta la estabilidad laboral y económica, pasando por el hecho de disponer de familia extensa que puedan ayudar al progenitor en caso necesario en la atención de los niños.

Naturalmente, también en este criterio se considera el hecho de disponer de una vivienda adecuada, el contar con un centro educativo próximo, etc. Aspectos, que clásicamente han recibido una particular atención de los juristas posiblemente por constituir cuestiones más fácilmente objetivables.

A pesar de que desde nuestra disciplina, se tiende a observar las cuestiones de infraestructura como aspectos menores, cabe considerar que hasta cierto punto pueden determinar la viabilidad de una alternativa de custodia. En cualquier caso, creemos que la operativización de estos aspectos es mucho más sencilla que en otros criterios, encontrándose la dificultad quizás en el establecimiento del peso específico que pueden suponer en el proceso de decisión. Por ejemplo, numerosos autores han resaltado que la estabilidad económica es un predictor importante del ajuste del niño post-divorcio (Dunn, 2004, Lamb, Sternberg, & Thompson, 1997), asimismo, las dificultades económicas post divorcio pueden afectar a los menores tanto en el sentido de menores oportunidades educativas, sociales, etc, como por efectos indirectos derivados de la tensión psicológica y sobreesfuerzos cotidianos que puede suponer para el progenitor y la afectación que ello suponga a sus habilidades parentales. Sin embargo, ¿podemos predecir el bienestar futuro de los niños en base al estatus económico de un progenitor?, obviamente, la respuesta a esta pregunta no es sencilla.



5. ESTUDIOS SOBRE LOS CRITERIOS PARA LA ASIGNACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS NIÑOS.

Las aproximaciones realizadas por los diferentes autores hacia la investigación de esta cuestión no ha sido uniforme. En general, encontramos dos grandes líneas; una que toma como referencia los anteriormente citados criterios Michigan y que, por tanto, parte de una perspectiva más jurídica; y otra, más concreta, que parte del esfuerzo realizado por Keilin y Bloom en 1986 desde una perspectiva eminentemente psicológica.

Estos estudios, se enmarcan en el contexto del creciente interés que levanta la realización de intervenciones periciales de guarda y custodia y abarcan información general de diferentes aspectos importantes sobre la metodología utilizada por los técnicos en sus evaluaciones a fin de tratar de obtener información fundamentada sobre el perfil de los profesionales y las prácticas reales que desarrollan en el ejercicio de sus funciones.

Desde el punto de vista metodológico, podemos delimitar dos tipos de investigaciones para la exploración de las intervenciones de guarda y custodia por parte de los psicólogos; una que se centra en el uso de cuestionarios que recogen datos retrospectivos y otra centrada en el análisis del contenido de informes periciales emitidos en esta cuestión. Como señalaba recientemente Bow (2006) en una revisión de la investigación empírica de la evaluación de la custodia, ambos procedimientos suponen la aceptación de limitaciones. En el primer caso, por cuanto requiere confiar en la fiabilidad de las estimaciones retrospectivas de los participantes; en el segundo, las desventajas consisten en la dificultad de tener acceso a los informes y a la suposición de que los participantes dispuestos a aportarlos muy probablemente puedan sesgar la muestra al ofrecer al investigador su informe más brillante y, por tanto, poco representativo de la realidad.



Íntimamente relacionado con este grupo de investigaciones encontramos otro grupo de trabajos que pretenden comparar las perspectivas de los profesionales de la salud versus juristas y/o progenitores y que generalmente también toman como referencia los criterios Michigan. Como recordaremos, los criterios Michigan no se encuentran operativizados, sino que se trata de grandes pautas genéricas. No obstante, los estudios que parten de ellos resultan de interés por cuanto ofrecen una primera aproximación a las similitudes y diferencias en las perspectivas que mantienen todos los agentes implicados en las evaluaciones de custodia.

Finalmente, por su interés contextualizador, referiremos brevemente algunos estudios referidos de forma exclusiva a la toma de decisión por parte de los jueces de familia en casos de custodia disputada, centrados en la pretensión de discriminar el tipo de criterios usados por los juristas a priori sin intervención psicológica, a la hora de determinar esta controvertida cuestión.

5.1. Investigación referente a las prácticas de los profesionales.

A pesar de que se han propuesto diferentes modelos para la evaluación de la custodia, la investigación empírica sobre las prácticas reales de los profesionales es escasa, de hecho, en contexto estadounidense, y hasta donde alcanza nuestro conocimiento, únicamente contamos con la información proporcionada por cinco estudios. De ellos, únicamente dos exploran los criterios de asignación de custodia desde una perspectiva netamente psicológica, mientras que los otros tres, posiblemente por la facilidad metodológica que comporta, han utilizado como base los jurídicos del acta Michigan.

En el primer caso, se encuentra el reconocido y frecuentemente citado por la bibliografía especializada, trabajo pionero de Keilin y Bloom en 1986 y su replica y ampliación una década después por Ackerman y Ackerman (1997). En el segundo,



los estudios realizados por Lafortune y Carpenter (1998), Gourley y Stolberg (2000) y el de Bow y Quinnell (2001).

En nuestro país, la única referencia disponible, aunque más limitada que los anteriores, se encuentra en el trabajo desarrollado por Granados en 1991, con objeto de su tesis doctoral.

Así, encontramos que los diferentes autores, irremediablemente deben remitirse a los resultados obtenidos en EE.UU, al tratar de describir las prácticas habituales en este tipo de evaluaciones y los criterios utilizados para guiar sus recomendaciones. Asimismo, y lo que nos parece más cuestionable para nuestra especialidad, los profesionales españoles, hasta ahora, únicamente pueden confiar en las conclusiones y recomendaciones procedentes de la extrapolación de los datos de otros contextos con las consecuencias negativas que ello puede suponer.

5.1.1. El estudio de Keilin y Blomm (1986): Child Custody Evaluation Practices: A Survey of Experienced Professionals

En 1986 Keilin y Bloom, publicaron los resultados de su estudio: Child Custody Practices: A Survey of Experienced Professionals, motivado a partir del gran aumento de requerimientos de evaluación para la resolución de los casos de custodias disputadas, y la poca disponibilidad de datos empíricos que pudiesen guiar a los profesionales de la salud mental en estos procesos.

Los autores investigaron las experiencias, actividades y creencias de los profesionales en cuatro áreas que definieron como:

1. Información demográfica y experiencia/formación de los profesionales.
2. Procedimientos de evaluación de custodia



3. Toma de decisión en custodia exclusiva y custodia compartida.
4. Recomendaciones de custodia.

Para el desarrollo de su investigación, invitaron a participar en el estudio a 302 profesionales (psicólogos, psiquiatras y masters-level practitioners) que fueron seleccionados de directorios nacionales y locales donde constaban como expertos forenses, así como de listados de expertos en custodia de los hijos que les facilitaron diversas agencias judiciales y comunitarias.

El procedimiento consistió en el envío a los profesionales del cuestionario y una carta solicitando su participación en el estudio. Los sujetos que no contestaron a la primera convocatoria recibieron una segunda invitación. El nivel de respuesta total obtenida alcanzó el 63%.

El criterio de inclusión en la muestra consistió en la consideración de que el participante hubiese realizado un mínimo de cuatro evaluaciones de custodia. Finalmente, la muestra se constituyó con 82 participantes, de los cuales, únicamente 65 eran psicólogos. Los participantes provenían de 23 estados de Norteamérica y de Canadá.

El instrumento utilizado, y que amablemente nos han facilitado para su adaptación en el presente trabajo, consistió en un cuestionario desarrollado por los autores que constaba de 70 cuestiones que exploraban las áreas mencionadas anteriormente y en el que algunos de los ítems se basaban en las recomendaciones ofrecidas con anterioridad por Clingempeel y Reppucci (1982) respecto a la investigación en el área de la custodia compartida.



Los resultados obtenidos por Keilin y Bloom en relación a los criterios de decisión indicaban como conclusión que:

1. En el proceso de recomendar la custodia exclusiva, los evaluadores consideraban como más importantes los siguientes criterios:
 - Los deseos expresados por los niños mayores.
 - Los intentos de un progenitor de alienar al otro progenitor.
 - La calidad del vínculo emocional del niño con cada progenitor.
 - La estabilidad psicológica de cada progenitor.
 - Las habilidades parentales de cada progenitor.

2. En cuanto a la decisión para recomendar la custodia compartida (joint custody):
 - Los deseos expresados por los niños mayores.
 - La calidad de la relación del niño con ambos progenitores.
 - La buena disposición de los progenitores para adoptar este tipo de custodia.
 - La estabilidad psicológica de ambos progenitores.
 - La habilidad de los progenitores para separar sus dificultades interpersonales de sus decisiones parentales.
 - La cantidad de ira y amargura entre los progenitores.

Como conclusión y tras reconocer las limitaciones de su estudio (concretamente, el hecho de incluir únicamente profesionales que ejercen de forma privada), los autores señalan que tanto el número y la complejidad de los casos de custodia, como los requerimientos de profesionales de la salud mental para asesorar al tribunal, continúan aumentando, esperando que los datos empíricos ofrecidos ayuden al profesional para servir al mejor interés del menor.



El artículo que expone los resultados de su investigación y que fue publicado por *Professional Psychology, Research and Practice*, es, como se ha indicado anteriormente, la referencia más citada por los diferentes autores y uno de los más citados en la bibliografía sobre guarda y custodia de los niños.

5.1.2. El estudio de Ackerman y Ackerman (1977): Custody evaluation practices: a survey of experienced professionals revised.

Ackerman y Ackerman, replicaron y extendieron en 1997 el estudio de Keilin y Bloom, añadiendo 42 ítems con aspectos adicionales, que se habían considerado por los diferentes autores en los diez años transcurridos desde la publicación del primero.

Los autores solicitaron la participación de un total de 800 psicólogos, de los cuales el 50% fue obtenido a través de otros psicólogos y de las asociaciones nacionales y el otro 50% solicitando a miembros de la American Bar Association Family Law Section (formada mayoritariamente por abogados y juristas), que proporcionasen el nombre de dos psicólogos con experiencia en evaluaciones de custodia y que fuesen reconocidos y respetados por los tribunales.

El criterio de inclusión requería que los sujetos hubiesen realizado diez evaluaciones de custodia como mínimo. La muestra se constituyó por 201 psicólogos de 39 estados de Norteamérica.

Los autores diseñaron un cuestionario con los 112 ítems resultantes de su ampliación, pero manteniendo la misma estructura de cuatro áreas usada por Keilin y Bloom.

Se realizó un único envío de invitación a la participación con un porcentaje total de respuesta del 42%.



Las conclusiones que ofrecieron en relación a los criterios de decisión señalaban:

1. Al tener que realizar una elección forzosa respecto a criterios para recomendar la custodia exclusiva, los participantes valoraban como más importantes:
 - El abuso activo de sustancias.
 - La alienación parental.
 - Las habilidades de crianza.
 - La estabilidad psicológica.
 - El vínculo emocional de los progenitores con el hijo.

Ante la pregunta abierta para especificar criterios no incluidos en el cuestionario, los profesionales añadían:

- La distancia geográfica entre padres
 - La evidencia del abuso físico y/o sexual.
2. Ante la elección forzosa respecto a la custodia conjunta, los encuestados valoraban como criterios más importantes:
 - La habilidad de padres para separar dificultades interpersonales de sus decisiones respecto al cuidado de los niños.
 - La calidad de la relación con niño.
 - Los problemas con el abuso de sustancias.
 - La estabilidad psicológica de padres.
 - La cantidad de ira y amargura entre padres.
 - El consentimiento de los padres para consensuar la decisión de realizar la custodia compartida.

En la pregunta abierta, los profesionales añadían:

- La habilidad de los padres para cooperar.



- El apego del niño con ambos progenitores.
- La salud psicológica de padres.
- Habilidad para tomar parte activa en la crianza de los niños.
- El deseo de los padres.

En sus conclusiones, destacan que uno de los principales criterios negativos de atribución es el alcoholismo en un progenitor pero que sin embargo, no es considerado si se indica que el sujeto esta recuperado. También apuntan como cuestión significativa el cambio que aprecian en los resultados comparados con los ofrecidos por Keilin y Bloom diez años antes en relación, primero, a la preferencia de género de un progenitor, que en su investigación ya no se aprecia y segundo, por cuando los participantes no se basaban tanto en el deseo manifiesto de un niño de 15 años como lo habían hecho en el citado estudio precedente.

Respecto a las cuestiones metodológicas, también exploradas en su investigación, concluían que las prácticas de la mayoría de los participantes se ajustaban a las directrices establecidas por la APA.

5.1.3 El estudio de Jameson y Hunter (1997): Psychologists' Ratings of the Best-Interests-of-the-Child Custody and Access Criterion: A Family Systems Assessment Model.

A pesar de que este estudio se aparta sensiblemente de los comentados anteriormente, creemos importante comentarlo por cuanto trata de establecer una lista exhaustiva de criterios de custodia que tratan de abarcar, desde una perspectiva sistémica, tres amplias áreas: estructural (evaluación de las relaciones), de desarrollo (evaluación de las necesidades de los niños) y funcional (evaluación de las habilidades de los progenitores).

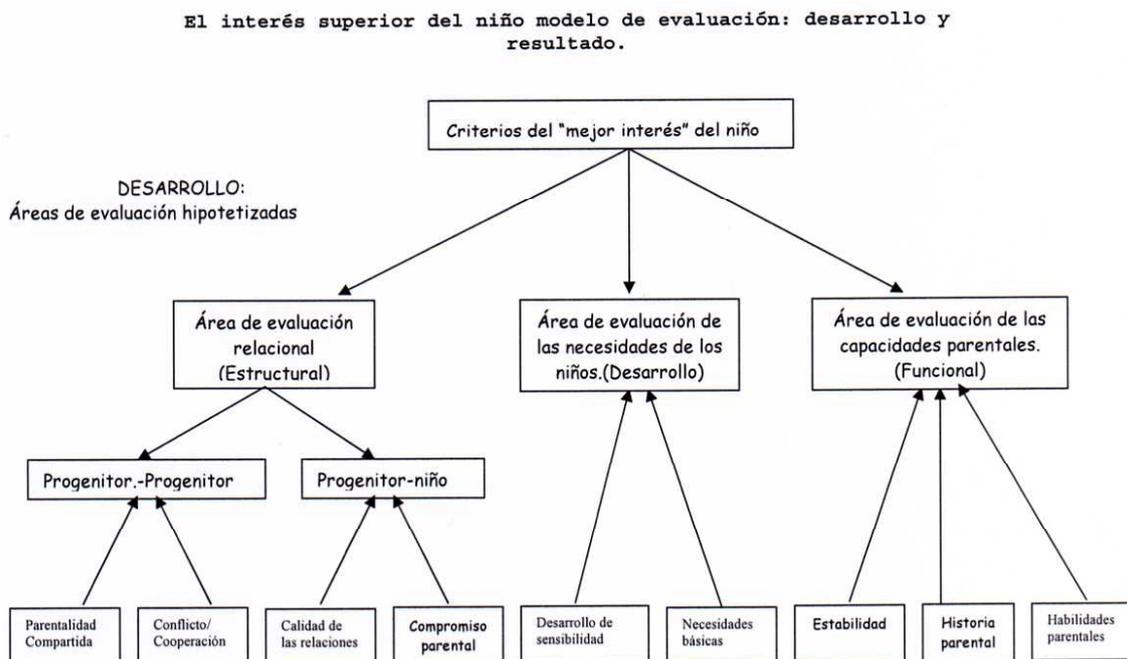


El objetivo manifiesto de los autores era proporcionar un modelo de los criterios que definen el mejor interés del menor, tratando de explicitarlos lo más exhaustivamente posible. Para ello, y tomando como precedentes los que consideraban valiosos resultados de Keilin y Bloom (1986) y Ackerman y Ackerman (1997), pretendían desarrollar un modelo donde se definiesen y organizarasen las diferentes variables implicadas que deben considerar los evaluadores.

Los criterios, según indican los autores, fueron seleccionados de dos fuentes: los recogidos en algunas regulaciones jurídicas y los extraídos de literatura científica sobre los efectos del divorcio y de los sistemas de custodia en los niños. Utilizaron para su categorización tres áreas de la teoría de los sistemas en familia: las perspectivas estructurales, de desarrollo, y funcionales (ver: Freeman,1981;Gorall y Olson,1995; Kaslow y Schwartz,1987; Minuchin,1974).

Gráficamente, la estructura que seguiría este pretendido modelo sería la que puede apreciarse en el siguiente esquema:

Figura T.1.1. Modelo de Jamenson y Hunter.





Los participantes fueron seleccionados en su totalidad entre miembros del Colegio de Psicólogos de la British Columbia. Los autores invitaron a participar a 88 psicólogos que se autodefinían expertos en custodia o divorcio, de los cuales contestaron el 89 %, tras un seguimiento exhaustivo que incluyó una nueva convocatoria y seguimiento telefónico. No establecieron ningún criterio de inclusión /exclusión.

Los 78 participantes que conformaron la muestra final, aportaron una mínima información demográfica (edad, sexo, orientación teórica) y posteriormente puntuaron en una escala Likert de 1 a 7 (1= irrelevante; 7= esencial), los 60 criterios propuestos, que se exponen a continuación, en el orden final en función de las medias obtenidas tras la cumplimentación del cuestionario y manifestando, por tanto, el orden de importancia de los factores en la determinación de la guarda y custodia, e indicando junto a cada uno, la categoría asignada por los autores según la clave siguiente: NC: Necesidades del niño; AP: Habilidades parentales; PC: progenitor-niño; PP: progenitor-progenitor

1. Abuso sexual del niño por un progenitor (PC)
2. Abuso físico del niño por un progenitor(PC)
3. Opiniones y preferencias del niño de 15 o más años.(NC)
4. Las necesidades emocionales del niño (NC)
5. Capacidad de cada progenitor de entender las necesidades del niño y separarlas las suyas(AP)
6. Capacidad de cada progenitor para proporcionar un ambiente físico seguro para el niño (AP)
7. Calidad de la relación de cada progenitor con el niño (PC)
8. Opiniones y preferencias del niño de entre 12 y 14 años (NC)
9. Violencia física en la relación parental (PP)
10. Uso actual de alcohol o drogas de cada progenitor(AP)
11. Ajuste psicológico de cada progenitor (AP)



12. La capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades sanitarias del niño(AP)
13. Afecto de cada progenitor hacia el niño (PC)
14. Buena voluntad de cada progenitor para no prohibir el contacto del niño con el otro progenitor (PP)
15. Cualquier miedo que el niño tenga sobre la situación actual de la familia (NC)
16. El nivel del conflicto entre los padres (PP)
17. El afecto del niño por cada progenitor(PC)
18. Opiniones y preferencias del niño de entre 9 y 11 años(NC)
19. Deficiencias físicas o necesidades especiales del niño (NC)
20. Opinión del niño de sus relaciones con otros miembros de la familia (NC)
21. Necesidad del niño de estar con el “padre psicológico” (NC)
22. Sensaciones de cada padre sobre su responsabilidad con el niño (PC)
23. Estilo parental de cada progenitor, incluyendo el tipo de disciplina (AP)
24. Necesidad del niño de las relaciones con sus hermanos/as (NC)
25. La capacidad de los progenitores de cooperar con el otro en las tareas parentales (PP)
26. Buena voluntad para compartir la responsabilidad parental después de la separación (PP)
27. Opiniones y preferencias del niño de entre 6 y 8 años (NC)
28. El deseo del niño de ver a los abuelos y a la familia extensa(NC)
29. Historia de cada progenitor de abuso del alcohol o de drogas (AP)
30. Capacidad de cada progenitor de proporcionar el acceso a una educación apropiada (AP)
31. Las necesidades intelectuales del niño (NC)
32. Capacidad de cada progenitor de mantener la rutina diaria del niño (AP)
33. Grado de contacto paterno-filial antes de la separación (PC)
34. Las necesidades académicas del niño (NC)
35. Grado a el cual las nuevas parejas de los padres pueden contribuir al cuidado de los niños (PP)



36. Capacidad de cada progenitor de mantener y de animar los intereses y actividades del niño (AP)
37. Historia psiquiátrica de cada progenitor (AP)
38. Capacidad de cada progenitor de contribuir al desarrollo moral del niño (AP)
39. Buena voluntad de cada progenitor de proveer el contacto con la familia extensa (AP)
40. Los intereses y actividades preferidas del niño (NC)
41. Historia del nivel en que los progenitores han compartido las responsabilidades parentales (PP)
42. El deseo del niño de ver a sus amigos (NC)
43. Presencia de haber sufrido abuso sexual en el pasado de un progenitor (AP)
44. Presión parental sobre niño para que “elija” a un progenitor (PC)
45. Preferencias de cada progenitor por desarrollar un plan de parentabilidad compartido (PP)
46. La rutina diaria del niño (NC)
47. Opiniones y preferencias del niño de entre 0 y 5 años (NC)
48. En cada progenitor, disponibilidad de la familia extensa y amigos para ayudar (AP)
49. Capacidad de cada padre de proporcionar acceso a otros niños de la misma edad (AP)
50. Grado de contacto parento-filial durante la separación (PC)
51. Capacidad de cada progenitor de proveer al niño de una implicación estable en su comunidad. (AP)
52. Capacidad de cada progenitor de proporcionar un ambiente “familiar” (AP)
53. Comprensión de cada padre del desarrollo del niño (AP)
54. Presencia en un progenitor de haber sufrido abuso físico en la niñez (AP)
55. Preferencia por el cuidado de la madre si es un niño pequeño (PC)
56. Desahogo financiero de cada padre (AP)
57. Orientación sexual de cada padre (AP)



58. Grado en el que cada progenitor es responsable de la subdivisión del matrimonio (PP)

59. Preferencia por asignar custodia al progenitor del mismo sexo que el hijo (PC)

60. Orientación religiosa de cada progenitor (AP)

En sus conclusiones, los autores consideran que la lista puede considerarse exhaustiva, porque no se añadió ningún factor adicional a pesar de que era posible en una cuestión abierta al final del cuestionario. Según refieren, aunque un 24% de los participantes incorporaron algún criterio, estos no fueron incluidos por encontrarse ya implícitos en los ítems explorados. No obstante, consideran que posiblemente se deba incorporar un ítem sobre la historia de “actividades criminales” de los progenitores.

Tomando en cuenta los resultados, el orden que establecen para los factores propuestos por los autores sería:

- 1) Las necesidades del niño
- 2) La relación parento-filial
- 3) La relación parental
- 4) La capacidad parental.

Finalmente, los autores concluyen que este modelo puede animar a los profesionales a la minuciosidad en sus exploraciones y a protegerles contra el posible sesgo individual en las exploraciones de custodia, al atender, posiblemente, a todos los aspectos relevantes en esta cuestión.



5.2.4. El estudio de Granados (1991): Ética y Técnica de la intervención psicológica en los juzgados de familia.

En nuestro país, Granados (1991) realizó un estudio empírico en relación con la intervención de los psicólogos que trabajan en los juzgados de familia de Madrid, como parte de su tesis doctoral.

La metodología de su trabajo consistió en el estudio de informes emitidos por los citados profesionales, en relación no únicamente a temas de guarda y custodia, sino también a régimen de visitas, adopción y tutela, que obtuvo por dos vías: la entrega voluntaria por parte de los psicólogos y los que obraban en los archivos del citado servicio. Con un criterio de exclusión inicial de aquellos con una antigüedad superior a cinco años.

El autor tuvo acceso a un total de 127 informes, de los cuales eliminó veintisiete, bien por excesiva especificidad de la situación abordada, o bien por proceder del mismo profesional. Por tanto, la muestra final se constituyó con un total de 100 informes, de los cuales un 20% fueron remitidos voluntariamente y el 80% correspondían a los obtenidos del archivo.

En cuanto a los instrumentos, Granados confeccionó una rejilla a partir de la lectura inicial de 10 informes, que fue modificando a medida que los nuevos informes requerían una nueva categorización.

Asimismo, junto con el estudio de la muestra, el autor diseñó y analizó una encuesta que aplicó a dieciséis psicólogos que trabajan en los Juzgados en una tentativa de tratar de comparar lo expresado por los profesionales en sus informes con los datos obtenidos de la encuesta. Dada la limitación numérica de participantes, Granados se limita a señalar lo que le pareció más significativo y que pudiese constituir una tendencia de respuesta.



Del análisis de contenido realizado a través del estudio de los informes, Granados encuentra que los informes recogen en cuanto a criterios utilizados por los profesionales:

- Relación parento – filial. (47)
- Estabilidad de los menores. (27)
- Infraestructura.(24)
- Horarios de trabajo.(21)
- Deseos de los menores.(21)
- Adaptación/inadaptación de los menores a una situación.(18)
- Continuidad.(15)
- No separar a los hermanos.(15)
- Tiempo de dedicación a los menores.(12)
- Necesidades psicológicas de los menores.(12)
- Edad de los menores.(10)
- Equilibrio, estabilidad parental.(9)
- Proyectos, planes de futuro.(9)
- Parentificación – identificación negativa del menor. (9)
- Actitud de los progenitores ante la separación – divorcio. (7)
- Implicación menor/es.(7)
- Adecuación de las pautas educativas. (6)
- Influencia materna/paterna negativa.(6)
- Actitud ante el otro.(6)
- Interés del padre y conocimiento del menor.(6)
- Agresividad.(5)
- Contexto familiar.(5)
- Actitud menores ante progenitores.(4)
- Drogadicción.(4)
- Padres psicológicos sobre biológicos.(4)
- Confusión sobre la figura paterna.(4)
- Tensión en el menor.(3)



- Alcoholismo.(3)
- Asistencia al colegio.(3)
- Actitud ante mediación (flexibilidad).(3)
- Irresponsabilidad de un progenitor.(3)
- Falta de garantías.(3)
- Debilidad del yo.(3)
- Desarrollo psicomotriz.(3)
- Patrones comportamentales.(3)
- Culpabilización del menor.(2)
- Necesidad de aclarar la situación. (2)
- No cambio de circunstancias.(2)
- Modificaciones no deseables.(1)
- Opinión de la asistente social.(1)

Asimismo, en relación a la recomendación de custodia, encuentra que la opción mayoritaria es la custodia exclusiva a la madre, sólo en un caso le aparece un régimen de visitas tan amplio que hace pensar al autor en una custodia compartida todo y que sin reconocimiento como tal. Asimismo encuentra seis casos en que se recomienda la custodia repartida.

En sus conclusiones en relación a los criterios, Granados indica que *“Los criterios que se utilizan en los informes son más clásicos y conservadores que los de la literatura conocida hasta el momento. Parece como si lo que se afirmara psicológicamente no se considerara, al menos aún, como valor seguro utilizable en los informes. Se aprecia una evolución pero no al mismo ritmo de la investigación”*.

En referencia a la recomendación de custodia sugiere que: *“Desde la psicología se aprecia la figura del padre psicológico sobre el biológico...y el predominio de la opción materna en la guarda y custodia es, al parecer, resultado del estudio individualizado y no prejuicio.”*



5.2. Estudios que exploran criterios de asignación desde una perspectiva jurídica.

5.2.1. El estudio de Lafortune y Carpenter (1998): Custody evaluations: A Survey of mental health professionals.

Este estudio cuenta con una muestra de 165 profesionales de la salud mental de los cuales el 89% (54) son psicólogos procedentes de únicamente cinco estados de Norteamérica. Aunque la muestra incluye trabajadores sociales, los autores, según indican, no consideraron oportuno invitar a los psiquiatras a participar porque creen que aunque pueda haber una preferencia por la intervención de estos profesionales en el entorno forense *“los abogados muestran una especial preferencia por los psicólogos cuando se trata de la evaluación de la guarda y custodia de los hijos”*.

Los objetivos de la investigación son: a) una actualización de los aspectos investigados por Keilin y Bloom (1986) b) proporcionar datos adicionales sobre actitudes, experiencias y métodos de los profesionales y c) explorar la adherencia de los profesionales a las líneas orientadoras publicadas por la APA (1994).

En relación a los criterios, los autores consideran únicamente 21 y sin diferenciar ente custodia exclusiva o custodia compartida:

- Diferencias en la habilidad/capacidad parental
- Diferencias en el estilo parental
- Diferencias en el vínculo parento- filial
- Preferencias de un niño pequeño por un padre sobre otro
- Preferencias de un niño mayor por un padre sobre otro
- Diferencias en la buena voluntad para trabajar con o animar la implicación del otro padre
- Un progenitor menosprecia activamente al otro ante el niño



- Psicopatología en cualquier progenitor
- Abuso de los progenitores del alcohol o de sustancias
- Implicación social de los progenitores
- Necesidades especiales del niño
- Sexo del niño
- La edad del niño
- La capacidad financiera del progenitor para sustentar a una familia
- Capacidad de los progenitores para ocuparse de la casa
- Horario de los padres que permite pasar más tiempo con el niño
- La calidad del cuidado que proporcionó al niño
- El progenitor está cohabitando abiertamente con alguien
- Un progenitor es abiertamente homosexual
- Un progenitor ha vuelto a casarse (relación al parecer sana)
- Preferencia a ser madre sobre ser padre

Los participantes puntuaron estos criterios en función de una escala Likert de 1 a 5 (1= nada importante, 5= muy importante). El análisis efectuado por los autores no va más allá de la descripción de las medias y desviaciones típicas obtenidas, limitándose a considerar como criterios con mayor acuerdo aquellos que obtenían puntuaciones medias elevadas y presentaban menor desviación, sin tratar de establecer la diferencia crítica u otro análisis que aporte una mayor significación a los datos.

Los criterios considerados más importantes según el razonamiento indicado son:

- Un progenitor menosprecia activamente al otro ante el niño.
- Abuso de los progenitores del alcohol o de sustancias.
- Necesidades especiales del niño.
- Diferencias en el vínculo parento-filial.
- Diferencias en la habilidad/capacidad parental.



- Psicopatología en cualquier progenitor.

El comentario de los autores sobre los criterios considerados menos importantes se centra en destacar la poca importancia otorgada por los participantes al factor considerado históricamente relevante para la determinación de la custodia: la preferencia materna (media = 2,06, D.T. 1,05) y, al hecho de que los profesionales otorgaban mayor valor a los deseos manifestados por niños mayores (media 4, DT 0,83) que a los expresados por niños pequeños (media 3,21 DT 1,04).

Como conclusión de su estudio los autores resaltan la necesidad de que los investigadores realicen un esfuerzo empírico para establecer los factores que conducen a un resultado positivo para los menores y, también, procedimientos de evaluación que ofrezcan la mejor información posible sobre esos factores, a fin de estar en disposición de ofrecer unos estándares más claros en la formación de los profesionales y de los procedimientos más adecuados para realizar la evaluación de la guarda y custodia.

5.2.2. Gourley y Stolberg (2000). An empirical investigation of psychologists' custody evaluation procedures.

Este estudio ha recibido muy poca atención por parte de los diferentes autores. Según indica Bown (2006), la posible causa de ello estriba probablemente en que la investigación se encuentra limitada metodológicamente ya que todos los participantes procedían exclusivamente del área de Virginia y conformaban dos grupos, uno denominado “amplio” formado por profesionales no especializados y otro considerado como “creíble”, formado por 21 psicólogos cuyos nombres fueron facilitados por abogados que los consideraban como peritos muy creíbles en la evaluación de la guarda y custodia. El primer grupo, disponía de escasa experiencia comparado con los sujetos que habían conformado las muestras en los estudios de Keilin y Bloom (1986) y de Ackerman y Ackerman (1977) y, todo ello, conlleva



que, como indica Bown, 2006): *“los resultados de este estudio necesitan ser interpretados con gran precaución”*.

El procedimiento seguido en esta investigación es descrito por los autores poniéndolo en relación con los objetivos del estudio, en tres fases. En la primera, seleccionaron una muestra al azar del 20% de los psicólogos ejercientes en el estado de Virginia, con el fin de responder a tres cuestiones: estimación del porcentaje de psicólogos que realizan evaluaciones de custodia, información sobre el número de evaluaciones e información sobre su formación en la materia. En la segunda, plantean la selección de abogados a los que dirigirse para solicitarles nombres de psicólogos que consideran expertos en evaluación de custodia. Finalmente, en la tercera fase del proyecto, se encuestó a los psicólogos considerados “creíbles”, obtenidos a partir de la fase anterior, sobre cuestiones relacionadas con su práctica profesional, técnicas e instrumentos utilizados y creencias y actitudes influyentes en la misma.

En relación a los criterios, los autores indican que seleccionaron únicamente treinta relacionados con la custodia exclusiva y dieciocho de la custodia compartida, señalando que derivaban de los anteriores estudios de Keilin y Bloom (1986) y Ackerman y Ackerman (1997). Los participantes debían otorgar una puntuación de importancia según una escala de 9 puntos a cada uno de los ítems propuestos.

Los resultados en cuanto a los criterios considerados más importantes para el grupo de psicólogos creíbles en la asignación de la custodia exclusiva son:

- Un progenitor es un alcohólico activo.
- Intentos de alienar al niño hacia el otro progenitor.
- El mayor vínculo emocional del niño con un progenitor.



-
- Un progenitor se muestra más tolerante con las visitas del otro progenitor.
 - El progenitor que ejercía de cuidador primario con anterioridad al divorcio.

Como criterios menos importantes aparecen:

- Un progenitor ha mantenido una relación extramatrimonial.
- Existencia de denuncias de abuso físico hacia el niño por un progenitor.
- La falta de cooperación de un progenitor con los mandatos judiciales.
- El hecho de que el progenitor sea del mismo sexo que el niño.
- Un progenitor recibe tratamiento para la depresión (no suicida).

Respecto a la custodia compartida, los que obtienen puntuaciones más elevadas son:

- La calidad de la relación del niño con ambos progenitores.
- Estabilidad psicológica de los padres.
- La capacidad de los progenitores de separar sus dificultades interpersonales de sus decisiones como padres.
- El deseo de los padres de desarrollar esta opción
- La cantidad de ira y amargura entre los progenitores



Los considerados menos importantes fueron:

- Género del niño.
- El estado civil de cada progenitor (individual, casado, pareja de hecho...)
- El niño necesitara un cuidador mientras un progenitor trabaja.
- La inteligencia de los padres.

En sus conclusiones, los autores resaltan la necesidad de procedimientos formales de formación y acceso a credenciales colegiales que sirvan para regular adecuadamente los profesionales que están en disposición de realizar evaluaciones de custodia, a fin de evitar intervenciones no expertas que puedan resultar inadecuadas. Asimismo, consideran muy necesario el establecimiento de un protocolo estandarizado para la realización de estas intervenciones. Subrayan también que los participantes en el estudio habían opinado que existe una necesidad urgente de investigaciones empíricas que evalúen la validez y eficacia de la custodia en todas sus opciones.

5.2.3. El estudio de Bow y Quinnell (2001) : Psychologists Current Practices and Procedures in Child Custody Evaluations: Five years After American Psychological Association Guidelines.

Con el precedente de los estudios realizados por Keilin y Bloom (1986), Ackerman y Ackerman (1997) y Lafortune y Carpenter (1998) y tras más de cinco años desde la publicación de las pautas para la evaluación de la custodia (APA, 1994) que conllevó, según indican los autores, la proliferación de recursos profesionales (seminarios, libros, artículos...) dirigidos a promulgar las prácticas y recomendaciones señaladas por las citadas pautas, Bow y Quinnell (2001), se



propusieron la realización de un estudio con el objetivo de explorar y determinar la metodología seguida en ese momento por los evaluadores de custodia, el grado en que las recomendaciones APA se habían implantado con éxito, así como “*identificar tendencias emergentes, si las hay*”, que influyan en el papel y responsabilidad de los psicólogos en el proceso de evaluación de la custodia del niño.

En el procedimiento, refieren haber invitado a participar a 563 participantes cuyos datos provenían de diversas fuentes (páginas amarillas, directorios profesionales, contactos obtenidos en conferencias y seminarios, etc). El índice de respuesta tras repetición del envío a los participantes que no respondieron a la primera invitación fue del 50%, de los cuales 198 participantes cumplían los criterios de inclusión. Cabe señalar que los criterios contemplaban únicamente el nivel de master o doctor en psicología y que actualmente realizasen evaluaciones de custodia, sin que se les exigiese un mínimo de evaluaciones realizadas.

Finalmente, la muestra se estableció con estos 198 participantes, procedentes de 38 estados Norteamericanos, con especial presencia de profesionales del Oeste (31%) y cercano oeste (32%). Hay que recordar que en EE. UU, es especialmente importante la procedencia de los participantes ya que los diferentes estados pueden contemplar criterios y regulaciones diferentes respecto a la guarda y custodia que afectan a las creencias y perspectivas de los profesionales.

Como curiosidad destacaremos que en este estudio la distribución por sexos comparativamente con los precedentes, había tendido a un equilibrio más igualitario (hombres: 52%, mujeres 48%). Baste indicar que en el precitado estudio de Keilin y Bloom, más de 15 años antes, la muestra estaba compuesta en un 78% de hombres. Respecto a esta cuestión, Bow y Quinnell, hipotetizan que el aumento de profesionales de género femenino, probablemente refleja el creciente número de mujeres que se han incorporado al mundo de la psicología y consideran que



contribuye a disminuir la preocupación existente entre los investigadores hasta el momento por el posible sesgo en el proceso de evaluación a causa del género del evaluador.

La exploración de los criterios se realizó a partir de los criterios Michigan, porque los autores consideraron que algunos de los explorados por los autores anteriores desde una perspectiva técnica, no tenían correlato expreso en las regulaciones jurídicas.

El formato de respuesta fue una escala Likert de 1 a 9 (1= nada importante, 9= muy importante). Los resultados ofrecidos con los criterios ordenados en función de mayor a menor puntuación obtenida son los siguientes:

- El amor, afecto y otros lazos emocionales que existen entre las partes implicadas y el niño.
- La buena voluntad y la capacidad de cada uno de las partes para facilitar y animar la continuidad de la relación parento-filial entre el niño y el otro progenitor.
- Violencia doméstica, sin importar si la violencia fue dirigida o presenciada por el niño.
- La capacidad y la disposición de las partes implicadas para dar al niño amor, afecto y guía y para continuar la educación y criar al niño en su religión o credo, si lo hay.
- La salud mental y física de las partes implicadas.
- La capacidad y la disposición de las partes implicadas para proveer al niño alimento, ropa, asistencia médica o otro cuidado remediador reconocido y permitido bajo leyes de este estado en lugar de asistencia médica, y otras necesidades materiales
- El espacio de tiempo que el niño ha vivido en un ambiente estable, satisfactorio, y la deseabilidad de la continuidad que mantiene.



- La preferencia razonable del niño, si la corte considera que el niño tiene suficiente edad para expresar preferencia.
- La permanencia, como unidad familiar, que supone el hogar o los hogares de la custodia propuestos o existentes.
- El ajuste de los niños en su hogar, escuela y comunidad.
- La aptitud moral de las partes implicadas

Los autores destacan que todos los criterios Michigan obtuvieron una media igual o superior a 6 puntos que les lleva a considerar que todos los ítems son como mínimo moderadamente importantes para los participantes, limitándose posteriormente a señalar como los tres más importantes los que ocupan esos primeros puestos y que superan la puntuación de 8 y como los menos importantes, los tres últimos y que suponen una puntuación que no llega a 7. Asimismo, se indica que en una pregunta independiente se solicitaba a los participantes que indicasen los tres criterios que consideraban más importantes y los tres menos importantes, refiriendo que el resultado fue coincidente con el resultado obtenido a partir de la puntuación de la escala likert, a excepción del criterio que había quedado en cuarto lugar (capacidad y disposición para dar amor, guía, educación...) que, ante la cuestión abierta, quedaba situado en tercer lugar desplazando el referido a la violencia domestica.

Otro aspecto consultado por los autores por su relación directa con el criterio que apela al deseo del menor, consistió en una pregunta abierta en la que se solicitaba que indicasen a que edad tomaban en consideración la preferencia expresada por los menores. La media obtenida se situó en 11,6 años, siendo el valor más frecuente los 12 años. En contexto norteamericano, este resultado resulta compatible con el obtenido por Settle y lowery (1982) en un estudio con juristas. En nuestro entorno, recordar que el el Código Civil español hasta la reciente reforma, consideraba en el artículo 92 que: *“las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años”*.



Respecto a las preferencias de custodia exploradas en que diferenciaban entre custodia legal y custodia física, los resultados indicaban que en un 73% optaban por recomendar la custodia legal común y en un 27% la custodia legal exclusiva, esta última, se motivaba por cuestiones como carencia de cooperación entre progenitores, enfermedad mental severa de un progenitor y abuso de sustancias y/o negligencia.

La custodia física más habitualmente recomendada por los participantes es en un 54% de casos la exclusiva por un progenitor con visitas regulares del no custodio, el 34% optaron por la custodia física compartida. Entre otras alternativas menos significativas incluían la custodia repartida en un 5% de los casos.

En sus conclusiones Bow y Quinnell (2001) consideran que los datos obtenidos indican que desde la publicación del estudio de Keilin y Bloom (1986) se aprecia una evolución hacia un mayor profesionalismo de los psicólogos, que relacionan con el entrenamiento recibido a partir de las iniciativas APA y otras asociaciones y de la lectura de artículos y libros especializados que les ha facilitado un mayor conocimiento técnico de la materia. También sugieren la importancia e influencia de la investigación y desarrollo de la relación entre psicología y ley que permita analizar barreras existentes, mejorar la comunicación y, por tanto, ofrecer un mejor servicio a los niños y sus familias.



5.3. Estudios sobre comparación de criterios usados por diferentes agentes:

Desde nuestra disciplina también se han realizado algunos estudios en la línea de comparar criterios usados en la toma de decisiones sobre custodia, por parte de los diferentes sectores que pueden verse implicados en esta situación.

En primer lugar, por su especial interés, vamos a revisar la aportación de Lowery (1985) respecto a la posibilidad de que existan diferencias entre los profesionales de la salud mental que frecuentemente realizan evaluaciones de custodia y otros colegas inexpertos en esta cuestión. Posteriormente, comentaremos más brevemente los estudios de otros investigadores (Woody, 1977; Charnas, 1981) y de la misma Lowery (1981,1984), en los que se comparan los criterios usados por operadores jurídicos vs profesionales de la salud mental y, en el caso de la última autora, comentaremos brevemente los resultados obtenidos en una muestra con progenitores.

5.3.1. El estudio de Carol. R. Lowery (1985): Child Custody Evaluations: Criteria and Clinical Implications.

Lowery (1985), se propuso tratar de determinar si existían diferencias entre las opiniones y preferencias de los psicólogos expertos en evaluación de custodia vs psicólogos clínicos no expertos en la materia. Justifica esta investigación, manifestando que intenta apelar a la sabiduría técnica de los clínicos sobre los criterios apropiados para la determinación de la custodia, bajo la posibilidad de que sus aportaciones resulten una referencia más objetiva que lo que denomina “*modelos subjetivos*” –sin suficiente aval empírico- que hasta el momento de la investigación habían sido propuestos por expertos en el ámbito de la evaluación de custodia. Conviene recordar que hasta que en 1986 se publicase la investigación de Keilin y Bloom, la investigación empírica era inexistente respecto a esta cuestión.



En concreto, la autora, determinó tres objetivos: a) la identificación de los criterios utilizados por los clínicos en la determinación de la custodia, b) valorar si dichos criterios son coherentes con los indicadores pronósticos identificados en la literatura científica sobre el ajuste de los niños al divorcio y c) clasificar las diferencias que pudiesen encontrarse en función del conocimiento y experiencia en evaluaciones de custodia.

No obstante, como veremos seguidamente, su muestra incluyó trabajadores sociales, bajo la justificación de la realidad, en su contexto, de su intervención habitual en los juzgados en temas de custodia.

Para ello, Lowery (1985) invitó a participar a un centenar de psicólogos del área clínica y de asesoramiento y otro centenar de trabajadores sociales, que se seleccionaron de las listas de psicólogos asociados en Kentucky, la oficina de servicios sociales y la asociación profesional de trabajadores sociales. La muestra quedó formada por un total de 50 psicólogos y 54 trabajadores sociales. Del total de participantes, únicamente un 55% de ellos informaban realizar evaluaciones de custodia.

Los criterios explorados fueron inicialmente extraídos de un estudio anterior que la autora desarrollo con juristas (Lowery, 1981) y estaban basados en los especificados en las regulaciones jurídicas. Según refiere, estos criterios fueron modificados cuando citaban a los progenitores fragmentándolos de forma que clarificasen los casos donde se presuponía existencia de acuerdo o discrepancia entre ellos. Además incorporó cinco nuevos criterios que refiere haber identificado en la literatura psicológica, pero sin explicitar la fuente.

Los participantes puntuaron la importancia de cada ítem en una escala Likert de 1 a 11 (1= de poca importancia, 11= muy importante), respecto a los que utilizarían



para la determinación de qué padre debe ostentar la custodia. Por tanto, aparecen relacionados únicamente con los casos de custodia exclusiva.

El resumen de los resultados expuestos por la autora se encuentran detallados en la tabla T.2.2. Según indica ella misma, la redacción de los ítems fue abreviada para facilitar su exposición.

Tabla T.2.2 Resumen resultados estudio Lowery (1985)

| Item | Rango |
|--|--------------|
| Calidad de la relación parento-filial | 1 |
| Sentido de responsabilidad del progenitor hacia el hijo | 2 |
| Estabilidad mental de los progenitores | 3 |
| Habilidades parentales | 4 |
| Cantidad de contacto entre el niño y el progenitor custodio. | 5 |
| Afecto de los progenitores hacia el niño | 6 |
| Deseos de los padres | |
| - Cuando existe acuerdo | 7 |
| - Cuando no hay acuerdo. | 21 |
| La relación fraternal existente. | 8 |
| Carácter moral de los progenitores | 9 |
| Implicación estable en la comunidad | 10 |
| Los deseos de los niños | 11 |
| Tener acceso a los centros escolares | 12 |
| Recomendaciones profesionales | 13 |
| Relación con el ex cónyuge | 14 |
| Cantidad de contacto del niño con el progenitor no custodio. | 15 |
| Salud física de los progenitores | 16 |
| Desahogo financiero de los progenitores | 17 |
| Acceso del niño a la relación con sus iguales. | 18 |
| Longitud de la custodia temporal | 19 |
| - Psicólogos | |
| - Trabajadores sociales | |
| Contacto del niño con otros parientes | 20 |
| Progenitor biológico vs stepparent (padrastra/a) | 22 |
| - Psicólogos | |
| - Trabajadores sociales | |
| Preferencia por la madre como cuidadora del niño pequeño | 23 |



| | |
|---|----|
| Progenitor biológico vs progenitor adoptivo | 24 |
| Preferencia por el progenitor del mismo sexo que el niño como cuidador. | 25 |
| Disponibilidad de dos hogares parentales. | 26 |

Tras un análisis estadístico que incluía el análisis factorial, a pesar de su inadecuación metodológica, la autora concluye que no existen diferencias significativas entre los psicólogos y los trabajadores sociales. En relación a los criterios, destaca el bajo nivel de importancia que se otorga a la clásica tendencia de “tender year”. En los criterios que la autora había añadido para este estudio y que, como indicábamos anteriormente, se relacionaban con factores predictores de ajuste postdivorcio de los niños, los resultados indicaron que los participantes solamente les asignaban una importancia moderada.

En sus conclusiones, la autora también considera que los criterios utilizados en su estudio pueden considerarse fiables dado el aceptable consenso que asegura que alcanzan en general tanto los participantes que habitualmente realizaban evaluaciones de custodia como los que se ejercían en entorno clínico.

5.4. Estudios que comparan los criterios usados por operadores jurídicos vs profesionales.

Como hemos referido anteriormente, algunos estudios han centrado su interés en tratar de averiguar las similitudes y diferencias entre los diferentes profesionales implicados en casos de custodia. Este es el caso del estudio realizado por Woody (1977), en el que utilizando los criterios Michigan, encontró que tanto juristas como psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales coincidían en valorar prioritaria e indistintamente en padres y madres los criterios:

- El amor y afecto entre progenitor e hijo/a.
- Los lazos emocionales entre progenitor e hijo/a.



- El periodo de tiempo que el niño ha vivido en un ambiente satisfactorio y emocional y psicológicamente estable y la deseabilidad o conveniencia de su continuidad.
- La salud mental del progenitor.

Asimismo, encontró que las mayores diferencias en preferencias de criterios no estarían determinadas por el tipo de profesional sino por el género de los encuestados.

Charnas, en 1981, encontró que tanto jueces como psicólogos coincidían en que el progenitor más adecuado era el que mantenía los vínculos más consistentes y positivos con el niño. Por tanto, se privilegiaba el criterio de “padre psicológico”. No obstante, en caso de alternativas más o menos semejantes entre ambos progenitores, se tendía a utilizar criterios o datos objetivos como horarios, tiempo de convivencia, situación económica, entorno geográfico, etc.

5.5. Estudios sobre la toma de decisión jurídica:

Partiendo del marco legal más contemporáneo y de la diversidad de criterios utilizados por los juristas y profesionales de la salud para tratar de favorecer el mejor interés del menor en la toma de decisión de custodia, algunos investigadores también han realizado aproximaciones para tratar de obtener datos de su significación a nivel práctico, es decir, su traducción en sentencias establecidas, bien sea a través del análisis del contenido de las mismas, bien por la elaboración de cuestionarios basados en criterios extraídos de ellas.

En primer lugar, cabe destacar el trabajo de Lowery (1981), donde exploró las percepciones y creencias de los jueces a partir de un cuestionario elaborado ad-hoc a partir de criterios identificados con anterioridad en las valoraciones de los tribunales.



En la descripción de los resultados obtenidos puede apreciarse que los participantes informaban de un mayor peso en su decisión de criterios como: la estabilidad mental de los progenitores, el sentido de responsabilidad con el niño (capacidad de satisfacer sus necesidades básicas) y la calidad moral de los progenitores. En el contraste que realiza la autora entre los resultados obtenidos de los jueces y las referencias y recomendaciones ofrecidas por los científicos, resalta la discrepancia entre la aceptada máxima propuesta por Goldstein, Freud y Solnit (1973) en su indicación de *“reducir al máximo las interrupciones de la continuación de las relaciones psicológicas entre un progenitor y el niño”*, en su defensa del concepto de “padre psicológico” vs “padre biológico” respecto a los criterios de los jueces, que tendían claramente a favorecer más el criterio de relación biológica con el niño que al que suponía el tiempo real compartido entre progenitor e hijo. Asimismo, también encuentra discrepancia en factores como el mantener al niño de corta edad en custodia materna, cuando la evidencia empírica indica que los padres no experimentan mayor dificultad que las madres en situación monoparental.

Los pocos datos disponibles en este sentido, sugieren que, en el contexto Norteamericano, los jueces podrían tender a indicar de forma prioritaria la preferencia materna. Así, lo mostraba en el 2002 un estudio publicado en la *Journal of Divorce & Remarriage* por el Dr. Leighton E. Estamps en el que revisando los datos facilitados por 149 jueces de cinco estados de los EE.UU., encontró que a pesar de que los jueces no seleccionan explícitamente a la madre en los cuestionarios aplicados, sus respuestas tienden a favorecerlas, por ejemplo, seleccionando la opción que mantenía la doctrina de la tierna edad, al presuponer que la madre estaba mejor capacitada para encargarse de los hijos cuando éstos eran pequeños. El autor, subraya la discrepancia existente entre este resultado y la información contenida en la bibliografía de investigación disponible, donde no parece existir evidencia de que la preferencia materna responda al mejor interés del menor sino tender a recomendar una valoración parental libre de connotación de género.



Los resultados ofrecidos por Estamps (2002) son consistentes por los encontrados por otros autores como por ejemplo los expuestos por Emery (1999), que señalaba que la preferencia maternal se mantenía como “norma implícita” en algunas jurisdicciones para guiar la toma de decisión sobre custodia. O los hallazgos de Maccoby y Mnookin (1992) que señalaban que a pesar de que en el estado de California la Ley establece que ambos progenitores pueden ejercer función de progenitor primario, los datos señalaban que cuando ninguno de ellos presenta problemas para ejercer la custodia, es mayoritariamente la madre quien la obtiene.

En nuestro contexto, recientemente, Seijo (2000) encontró que las decisiones judiciales tenían como resultado que en la mayoría de casos se concedía la guarda y custodia a las madres, excepto cuando éstas no la solicitaban, o bien cuando se daban circunstancias contrarias a la madre o muy favorables al padre. Puntualizando la autora que *“de no existir ningún criterio que justifique la concesión al padre, se orienta la concesión a la madre”*(pag. 301).

Teniendo en cuenta la realidad de la regulación jurídica señalada y el hecho de que la base de las normativas legales supuestamente responden a la realidad social manifiesta, una posible explicación a esta cierta “inaplicabilidad” de la norma podría encontrarse en el hecho de que actualmente aun existen fuertes creencias en relación a la supremacía de la mujer como cuidadora primaria y un rol secundario del padre, que aparecerían sustentadas por grandes sectores de población que mantendrían esta estructura a pesar de los cambios socio-culturales que se han producido.