



Anuario de Psicología Jurídica 2016

www.elsevier.es/apj



Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma

Francisca Fariña^{a,*}, Dolores Seijo^b, Ramón Arce^b y M^a José Vázquez^a

^a Universidad de Vigo, España

^b Universidad de Santiago de Compostela, España

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 7 de julio de 2016

Aceptado el 11 de noviembre de 2016

On-line el xxx

Palabras clave:

Custodia compartida

Corresponsabilidad parental

Justicia terapéutica

Bienestar de los hijos

R E S U M E N

El presente artículo se centra en la organización de la responsabilidad parental tras la ruptura de pareja, las consecuencias que ésta tiene sobre los hijos y, en especial, la custodia compartida. Se introduce la justicia terapéutica (TJ) como el paradigma pertinente para llevar a cabo modificaciones de las normas legales, los procedimientos judiciales y la actuación de los profesionales que intervengan en el caso con objeto de facilitar que la gestión de la ruptura de la pareja permita llevar posteriormente una corresponsabilidad parental de forma positiva, centrada en el bienestar de los hijos.

© 2017 Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Joint custody, parental co-responsibility, and therapeutic jurisprudence as a new paradigm

A B S T R A C T

This paper is focused on the organization of parental responsibility after family breakdown and on its consequences for the offspring, and especially on joint custody. Therapeutic jurisprudence (TJ) is presented as an appropriate paradigm to guide the modification of laws, judicial proceedings, and the performance of practitioners conducting the cases, as it facilitates that family breakdown management leads to a positive parental co-responsibility that is centered on children's well-being.

© 2017 Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Published by Elsevier España, S.L.U. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

A lo largo de la historia, la figura de la guarda y custodia de los menores ha experimentado una enorme y, a nuestro entender, positiva evolución. En épocas no tan remotas como cabría pensar, los progenitores varones concebían a sus descendientes como una propiedad, lo que les permitía disponer de ellos de la manera que considerasen conveniente, pudiendo matarlos, venderlos, ofrecerlos a los dioses, abandonarlos o explotarlos. De este modo, hasta principios del siglo XX, cuando se producía la disolución de un matrimonio, la custodia se otorgaba sistemáticamente al padre, partiendo de la premisa de que se encontraba en mejores condi-

ciones económicas para sostener a los hijos, quienes, junto con las esposas, eran de su propiedad (Ackerman, 1995; Wall y Amadio, 1994). Con la entrada del siglo XX se produce un cambio de tendencia significativo al establecerse el principio que se conoce como la búsqueda del mejor interés del menor. En Europa se ha de esperar hasta mediados de siglo, después de la II Guerra Mundial, para que este principio empiece a cobrar fuerza. La Declaración Universal de los Derechos del Niño en 1959 representa el cambio oficial de paradigma, a partir del cual las personas menores de edad comienzan a tener derechos propios, de forma personal e independiente a los de sus progenitores. Esto dio lugar a la doctrina de los *tender years*, la cual asume que los hijos pequeños deben permanecer bajo el cuidado de la madre (Fariña y Arce, 2000), por considerar que es quien va a proporcionarles mejores cuidados. A este respecto, no se debe olvidar que en aquel entonces eran las madres las que se ocupaban

* Autor para correspondencia. Facultade de Ciencias da Educación e do Deporte. Universidade de Vigo. A Xunqueira S/N. 36005- Pontevedra.
Correo electrónico: francisca@uvigo.es (F. Fariña).

<http://dx.doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>

1133-0740/© 2017 Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

de la atención a la prole. Esta asunción llevó a que, durante décadas, después del divorcio los menores viviesen casi exclusivamente a tiempo completo con su madre (Vanassche, Corijn, Swicegood y Matthijs, 2015).

En los años setenta surge en Inglaterra, con una decisión judicial, una nueva posibilidad de custodia, la compartida (Halla, 2013). Por su parte, Estados Unidos introduce en el Estado de Indiana en 1973 de forma pionera una ley a favor de la custodia compartida (Brinig y Buckley, 1998). Desde entonces, principalmente a lo largo de la década de los ochenta y principios de la siguiente, se adoptaron leyes que permitían compartir la custodia de los hijos cuando la pareja se separaba.

Sin embargo, en la actualidad todavía predomina, implícita o explícitamente, la doctrina de los *tender years* en muchos responsables judiciales, en profesionales del ámbito del derecho o de la salud y en la propia ciudadanía. Así, pese a la incorporación de la mujer al mundo laboral y del varón a las labores domésticas y de cuidado y crianza de los hijos (Kelly, 2007; Lamb, 2004), la asimetría de género a la hora de asumir la custodia de los hijos tras la separación de pareja no ha desaparecido (Briones y Villanueva, 2014; Cancian, Meyer, Brown y Cook, 2014). Si bien cada vez es menos excepcional la custodia compartida (Bjarnason y Arnarsson, 2011), todavía en países como Estados Unidos, Noruega, Francia, los Países Bajos o Australia la incidencia de la custodia compartida es baja, situándose entre el 10 y el 30% (Vanassche et al., 2015). Incluso en aquellos en los que las políticas de igualdad se encuentran bien instauradas, como es el caso de Suecia, dicha cifra se sitúa entre el 30% y el 40% (Bergström, Fransson, Modin et al., 2014). Sin embargo, en Italia, tras la reforma de su *Codice Civile*, que introdujo la custodia compartida por medio de la Ley 54/2006, de 8 de febrero, la custodia pasó de establecerse en el 15.4% de los casos de separación en el año 2005 al 72.1% en 2007 (Tamanza, Molgora y Ranieri, 2013).

Recientemente, el Consejo de Europa (2015), en la Resolución 2079 sobre igualdad y corresponsabilidad, se posiciona a favor de la custodia compartida, como se puede apreciar claramente en el punto 5.5, cuando señala que hay que introducir en la “legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación”. Obviamente, establece excepciones cuando existe abuso o negligencia en la atención a los hijos o violencia doméstica y señala que hay que ajustar el tiempo de estancia de los menores con los progenitores de acuerdo a sus necesidades e intereses.

Cuando se hace referencia a la forma de organizar la vida de los hijos tras la ruptura de pareja no se debería colocar el foco en principios de igualdad de género sino, como exige la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (ONU, 1989), en buscar lo que es más conveniente para los menores. Tal y como afirma Nielsen (2011) “los padres divorciados, responsables políticos y profesionales que trabajan en el ámbito legal o de la salud mental en el sistema judicial de familia comparten un objetivo común: elegir y promover el plan de crianza más beneficioso para los niños cuyos padres se están separando” (p. 586). Sin embargo, como la misma autora reconoce, lo que podría semejar algo sencillo plantea una serie de cuestiones complejas que provocan una enorme controversia, si bien más en el debate político que en el científico.

En este sentido, hace ya más de dos décadas, el 14 de junio de 1995, la *American Psychological Association* en un informe a la Comisión de Estados Unidos sobre Bienestar Infantil y Familiar, tras exponer los resultados de las principales investigaciones sobre custodia compartida y sus repercusiones en el bienestar del niño, sostenía que la custodia compartida conlleva consecuencias favorables para los niños, en particular su mejor adaptación. Así, en Estados Unidos la mayoría de los Estados han acordado que el interés superior del niño implica la custodia compartida (American Law Institute, 2002; Cancian et al., 2014), al igual que en otros países occidentales. En cuanto a España, se vienen produciendo una serie de cambios legislativos a nivel autonómico que promue-

ven la custodia compartida, como en el caso de Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco. Sin embargo, la legislación estatal sigue anclada en la ley 15/2005, de 8 de julio (Cortes Generales, 2005) la cual, si bien introduce la opción de custodia compartida, lo hace tenuemente, poniendo demasiadas limitaciones para otorgarla, especialmente si uno de los progenitores se opone, de tal manera que la decisión judicial se supedita al informe favorable del Ministerio Fiscal.

A nuestro entender, la Ley 15/2005 resulta extemporánea, principalmente habida cuenta de las diversas sentencias dictadas en esta materia por el Tribunal Supremo. Esto también lo asume el legislador en el hasta ahora fallido Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de julio de 2014, cuando se afirma: “para acometer la misma se ha tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo” (p. 5). Cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (Tribunal Supremo, 2012), en la que se acuerda la inconstitucionalidad de la necesidad del informe favorable del Ministerio Fiscal. Igualmente hay que señalar la Sentencia del Tribunal Supremo 496/2011, de 7 de julio (Tribunal Supremo, 2011), en la que se afirma que “por ello la interpretación del Art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados, y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional sino que, al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Custodia compartida o corresponsabilidad parental

Llegados a este punto, es de interés precisar qué podemos entender por custodia compartida. Como señala Bayata (2013), este término no tiene una definición clara y generalmente se distingue entre custodia física y custodia legal compartida. Bauserman (2002) asume que con custodia física compartida se pretende indicar que los niños van a pasar con ambos progenitores un tiempo considerable, aunque no necesariamente 50/50. Los investigadores han tomado como custodia física compartida cuando se pasa con uno de los progenitores entre el 33% y el 50% de tiempo y el resto con el otro (Kelly, 2007; Sodermans, Botterman, Havermans y Matthijs, 2015; Sodermans y Matthijs, 2014). En la custodia legal compartida los menores tienen una residencia principal, que suele conservar uno de los progenitores. Este tipo de custodia a los menores no les asegura una comunicación fluida y constante con el progenitor no residente, pero sí se garantiza que ambos progenitores sigan participando de manera permanente y activa en su vida y se tengan que poner de acuerdo cuando haya que tomar decisiones sobre ellos (Bauserman, 2002). Es decir, la custodia legal compartida conlleva que ambos progenitores comparten los derechos y responsabilidades legales para tomar decisiones importantes que afecten a sus hijos.

En España, la custodia legal podría equipararse a la patria potestad, ya que, como es bien conocido desde la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio (Cortes Generales, 1981), por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, las sentencias de separación y divorcio siempre han venido estableciendo que los hijos menores del matrimonio, salvo que exista causa grave que lo impida, quedarán bajo la patria potestad de ambos progenitores. Sin embargo, contrariamente a lo que Bauserman (2002) establece para la custodia legal,

Download English Version:

<https://daneshyari.com/en/article/6786612>

Download Persian Version:

<https://daneshyari.com/article/6786612>

[Daneshyari.com](https://daneshyari.com)