



Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida



Marta Marín^{a,*}, Víctor Dujo^a y Pedro José Horcajo^b

^a Psicólogo/a forense, ámbito privado, España

^b Psicólogo general sanitario, ámbito privado, España

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 3 de diciembre de 2015
Aceptado el 11 de noviembre de 2016
On-line el 28 de marzo de 2017

Palabras clave:

Custodia compartida
Tribunal Supremo español
Menores
Legislación

Keywords:

Shared custody
Spanish Supreme Court
Children
Legislation

R E S U M E N

Se toma como referencia la modificación de la Ley 15/2005 en el Código Civil español, donde se introduce el concepto de guarda y custodia compartida por primera vez en España. El objetivo del presente trabajo es establecer si existe una relación entre los resultados de las investigaciones con base empírica y las decisiones judiciales acerca de los efectos que producen en menores la guarda y custodia compartidas. Para ello se ha realizado un análisis cualitativo de las investigaciones relativas a las consecuencias de la custodia compartida, tanto a nivel nacional como internacional. Posteriormente, se han comparado los resultados de las investigaciones con las decisiones de los magistrados, obtenidas tras realizar un análisis de la jurisprudencia de las sentencias del Tribunal Supremo desde el año 2005 hasta el año 2015.

© 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/>).

Comparative study between Spanish Court decisions and the results of empirical studies on their psychological implications in children in shared and joint custody

A B S T R A C T

The present study takes as a reference the change of Law 15/2005 in the Spanish Civil Code where the concept of shared custody was first introduced in Spain. The objective of this study is to check if a relationship exists between the results of investigations with an empirical base and the judicial decision when considering the effects that shared custody produces in children. With that objective in mind we carried out a qualitative analysis of the investigations related to joint custody consequences, both at national and international level. Then, after carrying out an analysis of the jurisprudence of the Spanish Supreme Court from 2005 to 2015, we compared the results of the investigations with judges' decisions.

© 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/>).

* Autor para correspondencia: C/Barranc, 42 1^a. Calvià 07181. Islas Baleares, España.

Correo electrónico: marta.marin@cop.es (M. Marín).

En la antigüedad, en tiempos de romanos y británicos, los padres tenían un completo control sobre sus hijos, que formaban parte de su propiedad y realizaban servicios para ellos. Tras el divorcio, al progenitor paterno le otorgaban la custodia de forma inmediata, ya que continuaban siendo parte de su propiedad y sustento. Hasta que no alcanzó el estatus de figura jurídica diferenciada de la figura del hombre en el siglo XVIII, la mujer casada no pudo poseer

ninguna propiedad. Además, el padre tenía una responsabilidad, tanto en calidad de protector del menor como de poseedor de los medios económicos. Tan solo a partir del siglo XIX los derechos parentales absolutos empezaron a disminuir y la sociedad empezó a reconocer a la madre como progenitora, capaz de conocer las “necesidades especiales” de sus hijos. Este sentimiento se conoció como “doctrina de la tierna infancia” [*tender years doctrine*] y los jueces empezaron a expresar su preferencia hacia la maternidad en sus decisiones judiciales, incrementando así las custodias maternas. Posteriormente, se rechazó la *doctrina de la tierna infancia* dando paso a la normativa del *superior interés del menor* (SIM), en virtud de la cual los propios jueces anteponían los intereses de los propios menores al de sus progenitores, sin tener en cuenta el género cada uno de ellos. Los elementos que se examinan a partir de ese momento son: 1) las necesidades emocionales, sociales, morales, materiales y educativas del menor, 2) el entorno familiar que cada progenitor puede ofrecer al menor, 3) las características de cada progenitor, tales como edad, estabilidad y salud, tanto física como mental, 4) la preferencia del menor y 5) la recomendación de los expertos (Paradise, 2012). Sin embargo, empiezan a aparecer algunos problemas asociados al *superior interés del menor*. Por una parte, está sujeto a los prejuicios o a los propios valores e ideales que puedan tener los jueces o los expertos sobre quien vaya a recibir la custodia y, por otra parte, los jueces suelen confiar en los precedentes sobre los roles de género en el cuidado del menor. Hay una doctrina que es menos arbitraria que el *superior interés del menor*, conocida como *el cuidador primario*, que defiende que “el progenitor que haya sido el principal responsable del crecimiento, cuidado y desarrollo del menor durante el matrimonio recibirá la custodia” y cuál es el progenitor que “atiende las necesidades físicas y muestra cariño, afecto, tolerancia, interés, disciplina y deber de sacrificio”, delimitando la capacidad de hacerse cargo de responsabilidades y deberes asociados al menor. Esta doctrina asume que solamente existe un único cuidador, denominado “primario”, siendo un concepto difícil de asociar a la realidad contemporánea, donde ambos padres pueden trabajar fuera de casa contribuyendo de forma equitativa a las responsabilidades en la crianza de los hijos. Por esta razón, surgen dudas acerca de si realmente pasar más tiempo con los hijos es un indicador real de la calidad de las relaciones paternofiliales. Hoy en día, la parentalidad postdivorcio está en auge en pleno siglo XXI, con cambios legislativos y sociales que han llevado a que cada progenitor esté cada vez más involucrado en la vida de sus hijos (Melli y Brown, 2008). No hay que olvidar el concepto de *aptitud parental* como consideración relevante en casos de custodia, definida a través de la incapacidad parental en el sentido de que “la existencia de incapacidad o deficiencia personal que debe ser prevenida a la hora de llevar a cabo las obligaciones parentales en la crianza de los hijos o resulta desfavorable para el bienestar del menor”.

Por tanto, se ha evolucionado desde un único progenitor “apto” para cuidar a sus hijos a la coparentalidad en la crianza de los menores, de una única custodia exclusiva y potestad única sobre la toma de decisiones y de estilos educativos a la necesidad de establecer diferentes tipos de custodia según las necesidades del núcleo familiar y su estructura y las características inherentes a los menores y de ambos progenitores. Legislativamente se han producido avances a medida que la sociedad ha generado nuevas formas de organización y las familias van creando nuevas modalidades de convivencia (Cancian, Meyer, Brown y Cook, 2014) sin contar con los procesos migratorios, que aumentan la complejidad de las interrelaciones.

Históricamente, el primer estatuto de custodia conjunta fue aprobado en el Estado norteamericano de Indiana en 1973 y en 1975. Solamente Carolina del Norte tenía el poder legal de la custodia compartida (Melli y Brown, 2008). Es importante señalar la diferencia fundamental entre lo que se denomina custodia legal conjunta y la custodia física conjunta (Ibáñez-Valverde, 2004),

dentro de lo que es entendido como custodia compartida en España. Actualmente, el concepto jurídico de guarda y custodia compartida presenta una confusión que deriva de la terminología utilizada en los países anglosajones (Ramírez, 2004) (EEUU, Australia, Canadá) y en el resto de países europeos (Italia, Francia, Suecia, Noruega, Dinamarca, Bélgica), en los que no existe el concepto de patria potestad (denominada *sole custody*), y se hace alusión a los términos de *joint custody* o custodia conjunta (definida como “una orden que especifica que el menor debería residir de forma alternada en determinados períodos temporales con cada progenitor, que los padres deben ser capaces de tomar decisiones de forma conjunta influyendo positivamente en el bienestar del menor o una combinación de ambas, creando dos tipos de custodia compartida—legal y física”) y *shared custody* (denominada custodia compartida o responsabilidad parental), ésta última referida a que “. . . el niño pase al menos el 40 por ciento del tiempo con el progenitor con el que no vive. Este progenitor tendrá acceso, o tendrá al menor en su compañía, al menos ese tiempo” (Ibáñez-Valverde, 2004).

A tenor de estas diferencias, hay que hacer alusión a la afirmación de la responsable neozelandesa Bienestar Social: “se ha descrito la carencia de padre como la mayor patología del siglo XXI”, ya que actualmente existen hogares en los cuales los menores no mantienen contacto con el progenitor no custodio (principalmente el padre). En los países industrializados la fórmula más popular de custodia es la conjunta o *joint custody* (Artis y Krebs, 2015). Si nos inclinamos hacia la opción de Bélgica, las decisiones judiciales de éste país se decantan de forma preferente por la custodia física conjunta desde el año 2006, ante la alta tasa de divorcios (Sodermans y Matthijs, 2014; Sodermans, Matthijs y Swicegood, 2013). En el mismo año Suecia llevó a cabo la reforma de la ley, para indicar que este tipo de arreglo de custodia solamente funciona cuando ambos padres están dispuestos a cooperar (Singer, 2008), coincidiendo con los estudios australianos (Fehlberg, Smyth, Maclean y Roberts, 2011). Australia introduce la “enmienda australiana sobre la familia” [*Australian Family Amendment Act*] en 2006, creando una responsabilidad “igualitaria” de parentalidad compartida, resaltando la importancia de la *calidad en las relaciones* parentofiliales significativas, aunque en estudios recientes solamente alcanzaba un 8% (Cashmore et al., 2010). La parte negativa la pone de manifiesto Smyth (2009), que alega que la visión científica en la que basan los resultados se asienta en muestras pequeñas, no probabilísticas, centradas en la visión paterna. En Noruega no aparecerá hasta 2010 la potestad de los jueces para imponer la custodia física conjunta, incluso en contra del interés de los progenitores. En 2005, la concepción francesa de la “residencia alternada” [*résidence alternée*] confirma que más del 10% de los menores se encuentran bajo el supuesto de custodia legal conjunta (Sodermans y Matthijs, 2014). En Canadá se estableció en 1985 la *Divorce Act*, bajo el epígrafe de Custodia Conjunta y Visitas, según el cual el tribunal puede considerar que la custodia o visitas pueden otorgarse “a más de una persona”, haciendo uso del término “parentalidad compartida” en su reforma de la ley. Existen otros países, principalmente europeos, que no suscriben este tipo de custodia en su normativa jurídica, como ocurre en los Países Bajos, en los que fue abandonada a pesar de que en 2009 fuera considerada legal. Además, Francia, Italia y Reino Unido cuentan con informes científicos negativos sobre los efectos que ejerce dicha medida en los menores. Por consiguiente, es evidente que estos tribunales no son favorables a implantar esta fórmula de custodia en los casos en los que los progenitores mantienen un desacuerdo.

En el caso del Estado español, el 7 de julio de 1981 entra en vigor la Ley 30/1981, que deroga la Ley 78/1980, de 26 de diciembre, por la que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial. Se ha podido observar (figura 1) a partir del año 2005 una tendencia a la brusca disminución del número de separaciones conyugales, de 64.028 separaciones a 4.900 en 2013

Download English Version:

<https://daneshyari.com/en/article/6786614>

Download Persian Version:

<https://daneshyari.com/article/6786614>

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