

## PRÓLOGO

La realidad y complejidad de las relaciones familiares ha variado mucho en las últimas décadas, cambiando incluso el concepto mismo de familia, precisando para su abordaje una mentalidad abierta que permita la comprensión de las nuevas realidades. La recopilación de artículos que integran este monográfico permite profundizar en cuestiones específicas tan debatidas y relevantes para la sociedad actual como son la guarda y custodia compartida de los hijos y el bienestar de los mismos tras la separación o divorcio de sus padres, convertidos a veces en procesos especialmente beligerantes.

No es tarea sencilla tratar de presentar de modo somero este material dada la amplitud, variedad y calidad de las aportaciones que se ofrecen desde las perspectivas psicológica, social y jurídica, desde dentro y desde fuera de nuestras fronteras. Gran parte de los trabajos recogidos en este monográfico son el resultado de las ponencias realizadas por sus autores en la Jornada multidisciplinar sobre “**Custodia Compartida y Bienestar de los Hijos en procesos de ruptura familiar**”, organizada por la *Sección de Psicología Jurídica del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid* y celebrada en esta sede el día 31 de octubre de 2015 con gran éxito de afluencia y valoraciones. Los interesantes y en ocasiones controvertidos o novedosos contenidos que allí se expusieron, hacían necesaria su divulgación para difundirlos entre los asistentes y todos aquellos interesados en la materia. Además, la obra se completa con las aportaciones de estudiosos y profesionales que, dentro y fuera de nuestras fronteras, trabajan cada día con familias en procesos de ruptura y persiguen fórmulas que preserven el bienestar de los menores inmersos en esos conflictos. Y debido a este objetivo prioritario, el monográfico no podía empezar de un modo más acertado que a través de las aportaciones sobre las necesidades de los hijos inmersos en conflictos familiares, reflexiones cercanas y de fácil comprensión provenientes de la larga experiencia como psicólogo y mediador familiar de *D. Aleix Ripol Millet*.

Es indiscutible el cambio que ha ido experimentando nuestro país en materia del ejercicio de la parentalidad desde la entrada en vigor en 1981 de la denominada “ley del divorcio” (Ley 30/1981 de 7 de julio), 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. No fue hasta 2005 cuando se produjo la primera, y de momento única, reforma estatal de la citada ley. Esta reforma se llevó a cabo a través de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Esta ley, denominada coloquialmente desde

algunos sectores como “ley del divorcio exprés”, supuso grandes cambios en la resolución de las rupturas conyugales (ej. inmediatez, no es necesario justificar motivos, puede ser una decisión tomada unilateralmente), así como introduce modificaciones respecto a las medidas parento-filiales: a) se refuerza la patria potestad compartida; b) se regula de forma más amplia la posibilidad de que la guarda y custodia de los hijos pueda ser compartida (anteriormente a esta reforma era muy excepcional esta opción ya que se creía que perjudicaba a los hijos, si bien los estudios posteriores han aportado evidencias de lo contrario); c) se posibilita como vía alternativa y voluntaria de resolución de conflictos la mediación familiar.

Cuando hablamos de custodia compartida, aludimos a un sistema de regulación de las relaciones parento-filiales que si bien pretende preservar el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores y fomentar un ejercicio de co-parentalidad (con los derechos y deberes inherentes al ejercicio parental), aún hoy continúa siendo un sistema que genera controversias y recelos desde algunos sectores. Son muchos los motivos que podrían explicar el debate, partiendo por ejemplo desde la confusión que del propio concepto a veces se tiene. Por este motivo, la lectura del artículo desarrollado por la psicóloga forense y clínica *Dña. Marta Ramírez González* resulta ilustrativo por el modo sencillo y claro con el que aclara términos con frecuencia entremezclados y que distan de la auténtica custodia compartida, permitiendo una mejor comprensión del concepto. Muy interesante también es la lectura de la aportación que al monográfico hace el psicólogo, profesor y mediador familiar D. *Ignacio Bolaños Cartujo*, aportando una visión relacional a los conceptos de custodia compartida y coparentalidad.

Retomando los motivos que podrían explicar la falta de consenso sobre el ejercicio compartido de la función parental, cabe mencionar la situación jurídica vigente. No es extraño encontrar resoluciones judiciales dispares en supuestos similares al respecto del establecimiento de una custodia compartida. Actualmente no se encuentra regulado a nivel estatal que la guarda y custodia compartida sea instaurada por defecto, si bien en Comunidades Autónomas como Cataluña, Aragón, Navarra y Valencia es el sistema preferente. El día 24 de julio de 2014 fue presentado ante el Consejo de Estado el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, si bien no ha llegado a ser aprobado por el Consejo de Ministros como proyecto de ley. El citado Anteproyecto modificaba la regulación de las medidas parento-filiales, siendo la guarda y custodia el pronunciamiento fundamental, incidiendo en la importancia de la corresponsabilidad parental y en alejarse de la preferencia por la custodia monoparental actual, aunque sin necesidad de tener que establecer la guarda y custodia compartida como sistema preferente o general (debiendo ser siempre valorado por el Juez cada caso concreto). Se proponía además, muy

acertadamente a juicio de la suscribiente, una modificación de la terminología actual en relación al reparto de tiempo de los hijos progenitores (cediendo paso a conceptos como responsabilidad parental, periodos de convivencia, régimen de estancia, coparentalidad y corresponsabilidad de los hijos en detrimento de términos tales como patria potestad, régimen de visitas o progenitor custodio). A través del exhaustivo artículo realizado por el abogado, profesor, mediador familiar y ex juez *D. Alfredo Muñoz Naranjo*, el lector puede lograr fácilmente un mayor conocimiento sobre este anteproyecto que no llegó a ver la luz, así como obtener un análisis reflexivo alrededor de la legislación y jurisprudencia vigente. Es muy interesante resaltar la importancia concedida al cambio de paradigma necesario para una resolución de conflictos familiares sin duda más beneficiosa para los hijos: de la cultura del enfrentamiento a la cultura de la cooperación y el acuerdo. En el presente monográfico, habrá ocasión también de abrir una puerta al Derecho comparado de la mano del abogado y profesor *D. Giorgio Vaccaro*, quien aportará una aproximación al abordaje de los procesos psicojurídicos de ruptura y conflictividad familiar, dando cuenta de la evolución que también se ha experimentado en Italia, paralela en gran medida a la acaecida en nuestro país, aunque sin encontrarse en puntos completamente similares.

Volviendo a nuestro país, los datos publicados en septiembre de 2015 por el Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre la atribución de la custodia de los hijos durante el año 2014 da cuenta de una ligera variación en la mayoritaria tendencia a otorgar la custodia materna, aumentando los casos de asignación de custodia compartida; así se indica que en dicho año la custodia se atribuyó a la madre en el 73.1% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (76.2%). En el 5.3% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5.5% de 2013), en el 21.2% fue compartida (17.9% del año anterior) y en el 0.4% se otorgó a otras instituciones o familiares.

La ausencia de regulación estatal produce que lleguen a encontrarse pronunciamientos del Alto Tribunal acerca de la percepción de disparidad en las resoluciones de instancias inferiores en asuntos concernientes a la determinación de la guarda y custodia de los hijos, pudiendo dar la impresión de no tener en consideración tales instancias la doctrina jurisprudencial vigente ni los estudios en relación con la materia. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de fecha 29 de abril de 2016, donde se sostiene que una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (APM) “desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares”. Recuerda también la resolución del Supremo que “el concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia [...] extrapolable como canon interpretativo en el sentido de que se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la

satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”. Además, indica que “se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo y la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, así como que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”. Aunque el Supremo se hace cargo de la imposibilidad de formular una doctrina concreta o general dados los casos en los que las circunstancias de los mismos no aconsejarían una custodia conjunta, en definitiva “el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este [...] La interpretación del art. 92.5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: 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 criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá que considerarse normal e incluso deseable, 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”.

En algunos de los supuestos en los que el TS ha considerado inadecuado el establecimiento de la custodia compartida se ha detectado que la conflictividad existente entre los progenitores puede resultar y de hecho resulta perjudicial para el interés del menor (STS 30.10.2014), explicando que “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Pero no siempre que se considere que exista una situación de conflicto interparental es inviable el sistema de custodia compartida. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó una sentencia de fecha 16 de febrero de 2015, en la que concretamente se explicaba que “la existencia de divergencias razonables entre los progenitores, no imposibilitan este régimen, que es deseable porque

fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el 'sentimiento de pérdida', no cuestiona la idoneidad de los padres, y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor”, aclarando que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo...”. Precisamente en el presente monográfico el psicólogo forense *D. Antonio Valbuena Navarro* presenta la situación de conflicto interparental como un continuum desde donde se podrá considerar recomendable o no, en función del nivel de conflicto, un sistema de custodia compartida, sin necesidad de desaconsejar por defecto tal medida por el mero hecho de argumentar alguna de las partes existencia de conflictividad con la otra. Por otro lado, pero muy relacionado, la psicóloga forense y doctoranda *Dña. Marta Marín Rullán* permite seguir profundizando en cómo las actitudes parentales pueden influir sobre el bienestar del menor y la elección preferente de la custodia compartida, cuestiones que sin género de duda resultan de interés para todos aquellos interesados en el Derecho de Familia.

Siguiendo con la necesaria diferenciación de casos de conflictividad interparental comentada previamente, un supuesto extremo lo representan aquellos asuntos en los que existe violencia conyugal o hacia los hijos. Así, la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2016, por la que establece que la guarda y custodia compartida resulta incompatible con la condena de uno de los cónyuges por delito de amenazas en el ámbito familiar. Alude el Alto Tribunal a la diferencia entre la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y el marco de relaciones violentas donde es inviable el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus hijos. En este sentido, el art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor transcurran en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; derivación lógica es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos; ni tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”. Sin duda los profesionales que intervienen con menores inmersos en situaciones de violencia en sus casas o entre sus progenitores, pueden experimentar importante afectación emocional y alteraciones en su desarrollo psicosocial normalizado, siendo preciso adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar su protección y bienestar; en

este sentido, la psicóloga *Dña. Laura Rodríguez Navarro*, especializada en estas casuísticas, explica en su artículo lo que para los hijos representa esta violencia, en ocasiones tan circundante al proceso de ruptura parental, y el impacto emocional que sobre ellos puede tener. Sin embargo, tal y como se ha ido exponiendo siguiendo el hilo argumental de la propia doctrina del Tribunal Supremo, no debe caerse en el error de efectuar valoraciones o recomendaciones genéricas que desaconsejen per se un sistema de custodia compartida por el hecho de informar alguna parte de situaciones violentas conyugales/domésticas. Los psicólogos forenses *D. José Manuel Muñoz Vicente* y *Dña. Milagros Del Campo Cámara* realizan un interesante y útil artículo que, mostrando la relevancia de la valoración objetiva, imparcial y ajena a corrientes sociales o a sesgos personales, aborda sustancialmente la necesidad de no equiparar las distintas tipologías de violencia; inciden en la necesidad de analizar la dinámica relacional violenta denunciada y de ponerla en relación con el ejercicio de la función parental de ambos progenitores y con el impacto sobre el proceso socializador de los hijos.

Además de las circunstancias específicas de cada caso que puedan desaconsejar una custodia compartida, existen otros factores externos a las mismas que también pueden suponer con frecuencia un obstáculo para el consenso parental a favor de este sistema: ej. conocimiento parcial, inadecuado o prejuicioso de qué es una custodia compartida (como equiparar custodia compartida con repartos equitativos de tiempo o incluso del mismo espacio físico alternativamente); instrumentalización de los hijos como “trofeos” de una batalla interparental; intereses de índole económica (atribución de la casa, pensión alimenticia y compensatoria) y confusión al respecto (algunas personas consideran que automáticamente la atribución de la casa se otorga al progenitor custodio, así como desconocen que, tal y como dicta la STS de fecha 11 de febrero de 2016, el sistema de custodia compartida de los hijos no exime de una pensión de alimentos si existe desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges). Intervenciones profesionales como la explicada en este monográfico por la psicóloga *Dña. Edurne Alonso Grijalba* son muy necesarias para lograr un adecuado ejercicio parental en aquellos casos en los que las familias se encuentran encorsetadas en el proceso de ruptura, o bloqueadas en algunos de los factores obstaculizadores referidos anteriormente. Comienzan a presentarse además otras propuestas para el trabajo con las familias bloqueadas a veces en el propio litigio judicial; el trabajador social *D. Raúl Soto Esteban* y *Dña. Dolores Rodríguez Dávila* visibilizan la interesante figura del coordinador de parentalidad, poco extendida aún en nuestro país, presentándolo como una propuesta de mejora en el abordaje de las familias con expedientes judiciales de larga duración o conflictos cronificados que suponen una situación de riesgo para los menores inmersos en ella.

En definitiva, queda aún mucho por hacer en el estudio de las valoraciones y recomendaciones sobre el sistema de guarda y custodia de los hijos que más beneficie a éstos; y es que, tal y como el Tribunal Supremo recoge, el interés prevalente del menor “es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar, sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar” (SSTS 17/06/2013 y 17/10/2013).

No debe confundirse lo expuesto hasta ahora, ni lo que se podrá leer en los artículos que componen este monográfico, con un posicionamiento pro-custodia compartida u otras alternativas. El único posicionamiento que se persigue mostrar es el que se sitúa junto al menor y busca defender su bienestar y sus derechos (como es el poder disponer de ambos progenitores en su vida), independientemente de intereses adultos, presiones sociales, modas o prejuicios. La conclusión a la que debiera llegarse es que, lejos de resoluciones tipo, existe la necesidad de confeccionar un traje a medida de cada familia, elaborado con tejidos provenientes de la especialización e investigación relevante en la materia e hilado con la doctrina jurisprudencial vigente (que derivará a su vez tanto de la literatura científica psicológica, social y jurídica, como de la realidad social). Estoy segura que la lectura de los artículos recogidos en este monográfico dotará a los interesados de los conocimientos necesarios para poder realizar confecciones a medida capaces de ajustarse a las necesidades de los principales destinatarios, los hijos.

Dra. Laura González-Guerrero  
Psicóloga Forense – Tribunal Superior de Justicia de Madrid  
Vicecoordinadora Sección Psicología Jurídica (COP-Madrid)  
Profesora del Máster de Psicología Clínica, Legal y Forense (UCM)  
Miembro de la Asociación de Psicólogos Forenses de la Administración de Justicia (APF)