

# Anuario de Psicología Jurídica 2014

www.elsevier.es/apj



## Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la Custodia de Menores en Cataluña

Carles Rodríguez-Domínguez<sup>a\*</sup>, Xavier Carbonell<sup>a</sup> y Adolfo Jarne Esparcia<sup>b</sup>

<sup>a</sup> Universidad Ramon Llull, España.

<sup>b</sup> Universidad de Barcelona, España

### INFORMACIÓN ARTÍCULO

Manuscrito recibido: 03/01/2014  
Revisión recibida: 23/06/2014  
Aceptado: 10/07/2014

#### Palabras clave:

Interés Superior del Menor  
Informe psicológico forense  
Plan de parentalidad  
Divorcio conflictivo  
Vínculo afectivo

#### Keywords:

Best Interest of the Child  
Effectiveness of forensic psychological report  
Contentious divorce  
Parenting arrangement  
Affective bond

### RESUMEN

El dictamen pericial, solicitado de parte, o por insaculación judicial del turno de intervención profesional, se dirige al Juez y debe ajustarse a la necesidad de asesorar sobre la demanda del magistrado. Implica delimitar qué cuestiones debe o no debe incluir. Para realizar el análisis el psicólogo forense debe conocer la demanda del Juez y los datos que éste precisa de su conocimiento profesional. El objetivo del artículo es revisar los conceptos jurídicos que ayuden a orientar la praxis del profesional.

© 2014 Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Producido por Elsevier España, S.L. Todos los derechos reservados.

### Conceptual review of psychological expertise in relation to Child Custody in Catalonia

#### ABSTRACT

The expert opinion, requested by a party, or by lot of judicial time professional intervention, is directed to the judge and must be adjusted to the need to provide advice on the demand of the judge. It involves identifying which issues should or should not be included. To conduct the analysis, the forensic psychologist must know the demand of the judge and the data it needs from his or her professional knowledge. The aim of the article is to review the legal concepts that will help to guide the professional praxis.

© 2014 Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid Production by Elsevier España, S.L. All rights reserved.

A partir de la promulgación de la Ley 11/ 1981 de 13 de mayo, del Divorcio, se han publicado otras regulaciones jurídicas en Aragón (Ley de custodia compartida Aragonesa 2/2010), Cataluña (Ley 25/2010). Valencia (Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas 5/2011) y Comunidad Foral de Navarra (Ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres 3/2011) que regulan la custodia compartida y refuerzan el principio del interés superior del menor en relación al conjunto de instituciones y ámbitos en que su persona o patrimonio puedan verse afectados por decisiones que otros tomen en su nombre. Esta normativa proporciona criterios para perfilar mejor tal interés en relación a las circunstancias del caso concreto cuando se hayan de establecer las responsabilidades parentales sobre los hijos menores tras la ruptura matrimonial o de la convivencia en pareja y en el desarrollo de la potestad parental o de la tutela (Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2010).

\*La correspondencia sobre este artículo debe enviarse a Carles Rodríguez-Domínguez. FPCEE Blanquerna. Universidad Ramón Llull. E-mail: carlesrd@blanquerna.url.edu

El Instituto Nacional de Estadística (2012) estimó que en 2011 se produjeron 110.651 disoluciones, de las que 103.604 fueron divorcios, 6.915 separaciones y 132 nulidades. El 67.0% de las disoluciones matrimoniales en el año 2011 fueron de mutuo acuerdo. De los divorcios el 33.2% fueron no consensuados. El 29.2% de las separaciones fueron contenciosas. El 28.5% de los matrimonios disueltos tenía un solo hijo. La custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 81.7% de las rupturas matrimoniales. El padre obtuvo la custodia en el 5.3% de las disoluciones. La figura 1, muestra la evolución de los divorcios y separaciones durante el período 2000-2012 (INE, 2013); se puede observar como en 2005, con la aparición de la Ley 15/2005, se manifiesta un cambio de tendencia por la que disminuyen las separaciones y aumentan los divorcios, y en menor medida, con una media anual de 153.4 nulidades eclesiasísticas. La tabla 1 muestra la distribución de disoluciones matrimoniales por comunidades autónomas (INE, 2013). Por citar un ejemplo, sólo en el año 2007, más de 100.000 niños se enfrentaron a la ruptura conyugal de sus padres (Arch, 2010).

Por estas razones, el objetivo principal de este estudio fue revisar los conceptos jurídicos que precisa el psicólogo forense relacionados con la evaluación de la custodia de menores para la realización del

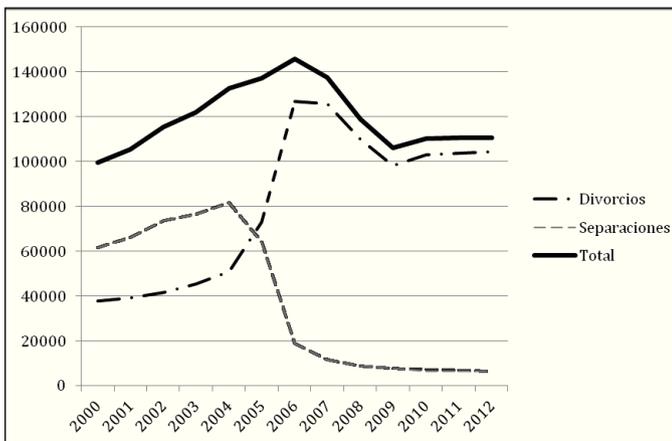


Figura 1. Evolución de las disoluciones matrimoniales 2000-2012.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Autorizada su reproducción por cortesía del I.N.E.

informe psicológico pericial en los procesos de separación o divorcio en el ámbito de Cataluña. Aunque centramos el interés de la revisión en la legislación de Cataluña, entendemos que también puede ser de utilidad, para el resto de profesionales del conjunto del Estado Español.

### La evaluación clínica y la evaluación forense

El magistrado debe confiar el sistema de guarda que mejor se adapte a las necesidades de los menores, tarea ésta en la que el Juez no puede ser experto en todas las áreas, materias y matices que implica y, por cuya complejidad, precisa la intervención de psicólogos expertos forenses. En las tres últimas décadas esta figura profesional ha cobrado importancia en diferentes áreas de intervención del ámbito jurídico, predominantemente en el Derecho de familia. Aún así, la intervención profesional del psicólogo ha tenido ciertas dificultades

en relación a los criterios de la evaluación forense y a los contenidos de los dictámenes. Un buen informe clínico no siempre resulta un buen informe pericial, por ello, cada vez más se tiende a diferenciar la evaluación clínica y la evaluación forense (Echeburúa, Muñoz y Loínaz, 2011).

La tabla 2 muestra las diferencias fundamentales entre la evaluación clínica y la evaluación forense, que vienen determinadas por el contexto y el objeto de la exploración psicológica. El propio contexto de la intervención marca las pautas de relación distintas entre el profesional y el sujeto evaluado (Ackerman, 2010; Echeburúa et al., 2011).

El informe pericial se dirige al Juez y debe ajustarse a la necesidad de asesorar sobre la demanda del magistrado. Implica delimitar las cuestiones que debe incluir y ser claro y comprensible en el lenguaje empleado. Para que el informe resulte útil al Juez, el psicólogo debe conocer la demanda del magistrado y aquello que precisa saber de su especialidad técnica, ajustada al conocimiento científico. Conviene conocer qué cuestiones tendrá en consideración el Juez para poder tomar una decisión adecuada sobre la guarda de menores. Para ello es importante que el perito conozca esta legislación. El dictamen se realizará durante el proceso probatorio. El rol ejercido por el psicólogo perito se califica como figura auxiliar del Juez.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000) en la sección 5ª en su artículo 335 recoge lo siguiente:

*Art. 335. Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad.*

*Quando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el hacer o adquirir sobre estos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos que prevé esta ley, que se emita dictamen de un perito designado por el tribunal.*

Al emitir dictamen, el perito ha de manifestar, bajo juramento o promesa de decir la verdad, que ha actuado, y si es preciso, que actuará con la máxima objetividad posible, que toma en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar

Tabla 1

Disoluciones matrimoniales. Cifras absolutas. Año 2012. Fuente: Reproducido con autorización por cortesía del I.N.E.

	Divorcios	Separaciones	Nulidades	Total
Total	104262	6369	133	110764
Andalucía	19100	1326	24	20450
Aragón	2335	154	3	2493
Asturias, principado de	2480	169	6	2656
Baleares, Illes	2699	151	0	2851
Canarias	5745	253	8	6006
Cantabria	1379	91	0	1470
Castilla y León	4095	311	2	4408
Castilla-La Mancha	4009	249	0	4258
<b>Catalunya</b>	<b>18809</b>	<b>1065</b>	<b>26</b>	<b>19899</b>
Comunitat Valenciana	12105	707	21	12834
Extremadura	1836	177	1	2015
Galicia	5859	340	18	6217
Madrid, Comunidad de	14580	793	14	15387
Murcia, región de	3174	208	0	3.383
Navarra, Comunidad Foral de	1185	68	3	1.256
País Vasco	3869	242	7	4.118
Rioja, La	614	30	0	644
Ceuta	204	14	0	218
Melilla	183	18	0	201

**Tabla 2**  
Evaluación Forense y Evaluación Clínica

	Evaluación Forense	Evaluación Clínica
Objetivo	Ayuda a la toma de decisiones judiciales	Diagnóstico y tratamiento
Relación evaluador-sujeto	Escéptica pero con establecimiento de un rapport adecuado	Ayuda en el contexto de una relación empática
Secreto profesional	No	Sí
Destino de la evaluación	Variable (juez, abogado, seguros...)	El propio paciente
Estándares y requisitos	Psico-legales	Médico-psicológicos
Fuentes de información	Entrevista. Test. Observación. Informes médicos y psicológicos. Familiares. Expedientes judiciales.	Las mismas (excepto expedientes judiciales) y el historial clínico
Actitud del sujeto hacia la evaluación	Riesgo de simulación o engaño (demanda voluntaria)	En general sinceridad (demanda involuntaria)
Ámbito de la evaluación	Estado mental en relación al objeto pericial	Global
Tipo de informe	Muy documentado, razonado técnicamente y con conclusiones que contesten a la demanda judicial. Documento legal.	Breve y con conclusiones. Documento clínico.
Intervención en la Sala de Justicia	Esperable. En calidad de perito	No esperable. En calidad de testigo-perito.

(Echeburúa, Muñoz y Loínaz, 2011). Reproducido con autorización por cortesía del autor.

perjuicio a cualquiera de las partes, y que es conocedor de las sanciones penales en que puede incurrir si incumple su deber como perito.

El magistrado debe indicar al perito qué ámbito de actuación debe tratar el informe. En el caso de que el perito no posea dicha información deberá solicitarla al juzgador, en este sentido el art. 339 de la LEC, indica:

*"5º El tribunal, de oficio, podrá designar un perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad o maternidad, sobre la capacidad de las personas o en procesos matrimoniales."*

Recientemente la Comisión de Justicia (2013), instó al Gobierno una propuesta no de Ley, en la que se reconoce la necesidad de regular la figura del psicólogo jurídico:

*2. En la psicología aplicada al Derecho de Familia, los psicólogos deben asesorar al Juez en los procesos de separación y divorcio sobre las medidas a adoptar respecto de los hijos y sobre otras situaciones como la nulidad, matrimonio de menores, etc.; también en los casos sobre acogimientos y adopciones. (...) La psicología jurídica no sólo está condicionada por la materia de la que se trata, sino también por la relación de los psicólogos que la ejercen con los Jueces y con las partes, así como el método con el que abordan cada proceso."* Por ello, la Comisión de Justicia instó al Gobierno, a *"Establecer unos requisitos mínimos de conocimientos y profesionalidad de los psicólogos y psiquiatras forenses, ... con especial referencia al ámbito jurídico, en la medida que realicen su actividad ante la Administración de Justicia.* (Proposición no de Ley 161/002019, 2013).

### El interés superior del menor

Interesa conocer qué ha pretendido el legislador con la expresión "Interés Superior del Menor" (en adelante ISM). Es importante percibir correctamente el alcance de la figura jurídica para poder aportar aquellos datos en el dictamen que el Juez precisa para realizar su función. El ISM es un concepto indeterminado que se concreta en cada caso particular con sus circunstancias específicas. En derecho los actos de aplicación son indeterminados *ab initio* puesto que la indeterminación está evidenciada en la experiencia condicionante (Kelsen, 2005). Por consiguiente, la doctrina jurídica diferenciará la presencia de conceptos determinados e indeterminados; los primeros, erigidos en la estructura del ordenamiento jurídico para facilitar la sistematización y el carácter científico como garante de la seguridad legal, los segundos de carácter abierto para la precisa adaptación de la ley (Horst-Ebenhard, 1979).

El ISM introdujo un cambio en el Derecho de familia como principal criterio que debería, en lo sucesivo, ser observado en la toma de decisiones sobre esta materia (Ley Orgánica de protección jurídica

del menos 1/1996). En tanto que cláusula general el ISM es un concepto jurídico abierto, indeterminado y abstracto que sólo podrá ser concretado cuando se aplique al caso particular. Este aspecto conlleva ventajas e inconvenientes, puesto que dicha disposición legal carece de precisión, al ser general y abstracta. Ahora bien, para poder casar la realidad social con la aplicación legal, el concepto del ISM resulta imprescindible, a la vez que no puede ser tratado de forma rígida ya que para preservar dicho interés es necesario dar cabida a las diferentes situaciones de protección de los menores, prevaleciendo el ISM sobre cualquier otro interés concurrente. Históricamente se partía de una estructura patriarcal, en la que los hijos debían tributar reverencia al padre tal como se recogía en la antigua versión del art. 154 del Código Civil (en adelante CC). El padre decidía lo que era o no bueno para sus hijos y su mujer, en el que el Derecho de familia encontraba su justificación en "el deber ser de las cosas" y en el Derecho natural. Posteriormente en el año 1981, se modificó el CC para exigir que la patria potestad se ejerciera siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, y finalmente en el año 1996 se introdujo el principio del ISM (de Torres, 2011).

Desde un punto de vista constitucional, los derechos fundamentales del individuo están por encima de aquéllos otros relativos al interés familiar, y los del menor prevalecen debido a la supremacía sancionada legalmente en la Convención de la ONU de 20 de noviembre de 1989, de los derechos del niño y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, ya que el Derecho interviene en la familia para equilibrar las relaciones entre sus miembros y otorgar una especial protección al menor por ser el que *a priori* presenta una posición más débil (de Torres, 2011). Podemos distinguir tres etapas en la evolución de la Jurisprudencia del menor (de Torres, 2011; García y Otero, 2006). La primera, entre 1981 y 1990, marcada por la preferencia de la custodia materna, en la que, a tenor de lo expresado en el art. 156 CC, no parece existir consenso acerca de qué ha de entenderse por beneficio del menor, quedando la mayor parte de los pronunciamientos mediatizados por consideraciones de tipo moral. En opinión de García y Otero (2006), resultan escasos los supuestos en los que concurren motivos verdaderamente objetivos que inclinan la balanza a favor de uno u otro progenitor a la hora de desempeñar la función de custodia. Una segunda etapa entre 1990 y 2000, que en relación a la Ley 11/1990, se produce un cambio de orientación en la jurisprudencia en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, se dio nueva redacción al Art. 156 CC, y en consecuencia en dicha etapa progresivamente se fue reconociendo la aptitud paterna y superando lentamente algunos prejuicios tradicionales. El período más reciente, a partir del 2000 en el que se evoluciona hacia la custodia compartida donde la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre se va diluyendo, produciéndose un aumento progre-

sivo en el reconocimiento de un, cada vez más amplio, derecho de visitas a favor del progenitor no custodio (García y Otero, 2006). Una razón de peso en este sentido es la conclusión de que el divorcio no altera las relaciones paterno-filiales (García y Otero, 2006; de Torres, 2011), de donde se deriva que los menores no deberían ver alterada su relación con sus padres por el hecho de que éstos se divorcien.

En función del mandato del ISM, la legislación pretende en primer lugar proteger a los menores de las consecuencias negativas de la disolución de su familia, en especial, la exposición a conflictos entre los progenitores (Arch, 2010). Maccoby, Depner y Mnookin (1990) indicaron que la cantidad de conflictos en la coeducación parecía estar más relacionado con la intensidad de la hostilidad entre los progenitores con anterioridad a la ruptura que con el tipo de custodia elegido.

A pesar del debate que ha venido manteniéndose en nuestro país sobre el concepto de "custodia compartida" todavía disponemos de escasos datos empíricos de las opiniones y preferencias de juristas y psicólogos que intervienen en casos de custodia de menores. En una encuesta, los psicólogos forenses y juristas consultados manifestaron su preferencia por la custodia exclusiva, con un amplio régimen de visitas a favor del progenitor no custodio (Arch y Jarne, 2008). La mayoría de Jueces optaron por incluir pernoctas inter semanales que en la práctica, podía resultar un reparto cercano al 50% del tiempo de estancia del menor con los padres. A pesar de la desconfianza que parecía generar la custodia compartida, psicólogos y magistrados opinaron que el resultado de este sistema no era negativo y que la disparidad entre la preferencia expresada y la información obtenida, podría relacionarse con la novedad de su regulación jurídica (Arch y Jarne, 2008).

Camara y Resnick (1988) informaron que los hijos de padres divorciados no expuestos a conflictividad presentaban mejores niveles de ajuste a largo plazo que los niños cuyos padres permanecían juntos en una convivencia con alto nivel de conflictividad. Entre los conflictos más difíciles de resolver en los procesos de ruptura familiar y que mayor ansiedad genera a todos los miembros de la familia, especialmente a los niños, se encuentran los conflictos sobre la pauta de contacto y relación a establecer entre los progenitores y sus hijos tras la separación o divorcio (Galatzer-Levy y Kraus, 1999; Johnston y Campbell, 1988). Este tipo de conflictos suponen actualmente un importante problema de salud pública (Lebow, 2003). Según el Consejo General del Poder Judicial (2013), de las 120.056 separaciones y divorcios tramitados durante el año 2012, el 41.21% fueron resueltos en procedimientos contenciosos, el 63.14% de la guarda custodia y pensión de alimentos fueron no consensuados y el 81.04% de los asuntos relacionados con la modificación de medidas previas fueron no consensuados. Así pues, podemos advertir que casi la mitad de las familias que regularon su ruptura, probablemente disputaron judicialmente la guarda y custodia de sus hijos y/o el régimen de contactos que debía establecerse, incrementándose sensiblemente los procesos no consensuados en los asuntos relacionados con la modificación de medidas previas al convenio regulador anterior. Compartimos la hipótesis de que los conflictos no resueltos, tienden a cronificarse con el paso del tiempo incrementando las incidencias en los expedientes judiciales.

Una de las cuestiones más complejas y controvertidas en las evaluaciones periciales para la recomendación de un sistema de guarda y custodia exclusiva versus custodia compartida, se encuentra precisamente en estas familias que presentan mayor conflictividad entre progenitores. Aún así, cabe considerar que parejas conflictivas entre sí, puedan ser capaces de algún grado de cooperación en beneficio de sus hijos (Arch, 2010; Camara y Resnick, 1988).

### La Custodia Compartida y las legislaciones autonómicas

La Ley 2/2010 de Custodia Compartida de Aragón, fue la primera Ley española que estableció la custodia compartida como opción de guarda preferente, en los supuestos de ruptura de convivencia de los padres, frente a la custodia individual o exclusiva que quedó como

subsidiaria (de Torres, 2011). Esta Ley fue pionera al reconocer la incidencia que la guarda y custodia compartida tiene en las medidas paterno filiales a adoptar judicialmente en defecto de acuerdo entre los progenitores, regulando, según el régimen de custodia compartida o individual, la atribución del uso de la vivienda familiar y la fijación de la pensión alimenticia. Según esta Ley, la vivienda que la pareja compartía hasta el momento de la separación pasaría a quien estuviese más desubicado/da, excepto si el Juez concediese la custodia exclusiva. Regula también la mediación extrajudicial e introduce la posibilidad de que el Juez, sin petición de las partes, pueda acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa de mediación cuando considere que es posible un acuerdo entre las partes. En su art. 3.5, señala que "el Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a las normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos".

En Cataluña se aprobó la Ley 25/2010, de 29 de julio, que modificó el *Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família*. Aunque dicha Ley no menciona específicamente el término "custodia compartida", introdujo el concepto de la responsabilidad parental compartida. La Ley contempla el carácter preferente de la custodia compartida, pero no se otorgará por defecto, como prevé la Ley aragonesa. Si no hay acuerdo entre los progenitores, será el Juez quien decida cuál de ellos asume la guarda de los hijos menores. El pacto de relaciones familiares constituye uno de los ejes sobre los que se articula el actual régimen de atribución de la custodia. El Código Civil de Catalunya (CCC) sustituye el término custodia compartida por el de guarda compartida junto al de potestad parental compartida. Cada uno de los padres presentará un plan de parentalidad en el que deben especificar cómo piensan ejercer sus responsabilidades con los hijos, planes que el Juez tratará de conciliar. Además separa la atribución del uso de la vivienda de la custodia de los hijos, concediéndola a quien quede en peor situación económica.

En Valencia, se aprobó la Ley 5/2011 de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que dio prioridad al acuerdo entre los progenitores a través de un pacto de convivencia familiar. Si no se llega a un acuerdo, el principio general será el de custodia compartida, aunque el Juez también podrá decidir la custodia individual atendiendo a las circunstancias. La vivienda será para el cónyuge que más dificultades tenga para encontrar una nueva vivienda después de la ruptura si es compatible con el interés del menor.

El Parlamento Navarro, dictó la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de sus padres, que apuesta por que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores en sus relaciones con aquéllos. No atribuye a la custodia compartida el rango de opción legal preferente en defecto de acuerdo entre los padres, pero sí indica los factores que el Juez ha de valorar para decidir sobre la modalidad de custodia, compartida o individual (de Torres, 2011). En la Tabla 3 se comparan los conceptos más relevantes de las regulaciones jurídicas de Código Civil, Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra.

Así pues, como recoge de Torres (2011), se manifiesta una tendencia legislativa que se inclina preferentemente a la custodia compartida como muestran algunas sentencias del Tribunal Superior de Justicia: (STS, 1ª RJ 2099/4581; STS, 1ª, RJ 2009/7257, entre otras) y el *Llibre 2º Codi Civil de Catalunya*, 2010).

### Reflexión sobre el informe psicológico en relación a la legislación de Cataluña

**El plan de parentalidad.** El CCC indica que se debe presentar un documento concretando el Plan de Parentalidad en el Convenio Regulador de la separación o divorcio, obligatorio para todos los casos. Su finalidad, se resume en la concreción de los compromisos asumi-

**Tabla 3**  
Comparación entre diferentes regulaciones jurídicas.

Concepto	Código Civil (2005)	Ley 2/2010 Aragón	Ley 25/2010 Cataluña	Ley 5/2011 Valencia	Ley 3/2011 Navarra
Principio ISM	Si	Si	Si	Si	Si
Principio Igualdad entre progenitores.	Si	Si	Si	Si	Si
Facilitar Mediación Familiar	No se menciona	Si	Si	No se menciona	Si
Acuerdo de relación	No se menciona	Pacto relaciones	Plan de Parentalidad	Pacto convivencia familiar	No
Regular Guarda Custodia.	Si	Si	Si	Si	Si
Custodia Compartida.	Excepcional	Preferida	Decisión Judicial/ preferente	Preferida	No prioriza pero la refuerza
Monoparental	Generalizada	Excepciones	Paritaria con C. Compartida	Excepciones	Paritaria con C. Compartida
Régimen Contactos Paterno filiales	Art. 160	Regular con ambos progenitores	Regular con ambos progenitores	Regular con ambos progenitores	Equitativo
Proceso penal, resolución judicial por criminalidad, violencia doméstica...	Impide Custodia Compartida				
Edad de los hijos	Si	Si	Si	Si	Si
Relación entre progenitores: actitud para con los hijos, cooperación entre progenitores...	No se menciona	Si	Si	Si	Si
Relación hermanos	No se menciona	No separar	No separar	No separar	No se menciona
Arraigo social y familiar.	No se menciona	Si	Si	Si	Si
Peritajes Psicológicos	Si LEC				
Escuchar la opinión de los hijos.	Con capacidad juicio y >12 años.				
Aptitud progenitores para asegurar estabilidad de los hijos	No se menciona	Si	Si	Si	Si
Conciliación vida familiar y laboral.	No se menciona	Si	Si	Si	Si
Acuerdos o convenios previos progenitores.	No se menciona	Si	Si	Si	Si
Circunstancias relevantes sobrevenidas.	Si	Si	Si	Si	Si

dos por los progenitores respecto de la guarda y educación de sus hijos menores, así como la previsión del ejercicio de las responsabilidades parentales. La tabla 4, ilustra los aspectos mínimos que, opinamos, debería contemplar el plan de parentalidad.

El CCC (2010) postula en su Sección Segunda sobre el cuidado de los hijos lo siguiente:

*Artículo 233-8. Responsabilidad parental*

1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen respecto de los hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida que sea posible, se han de ejercer conjuntamente.

La primera novedad significativa es que implica el reconocimiento legal de la continuidad de las responsabilidades parentales, más allá de la separación matrimonial. La segunda es que la responsabilidad paren-

tal siempre es compartida, lo que no es lo mismo que custodia compartida, que algunas veces se ha confundido (Varela-Álvarez, 2013).

2. Los cónyuges, para determinar cómo se han de ejercer las responsabilidades parentales, han de presentar sus propuestas del plan de parentalidad, con el contenido que establece el artículo 233-9.

La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, ha de atender de forma prioritaria el interés superior del menor.

*Artículo 233-9. Plan de parentalidad*

1. El plan de parentalidad ha de concretar la forma en que ambos progenitores ejercerán las responsabilidades parentales. Se ha de hacer constar los compromisos que se asumirán respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

2. En las propuestas del plan de parentalidad han de constar los aspectos siguientes:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Se han de incluir reglas que permitan determinar a qué progenitor corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que se ha de responsabilizar cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma como se han de realizar los cambios en la guarda y, si es preciso, como se han de repartir los costes que generen.

d) El régimen de relación y de comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga consigo.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada progenitor en los períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extra escolares, formativas y de ocio, si es preciso.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas del plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

**El ejercicio de la guarda.** A este respecto el CCC (2010) establece: Artículo 233-10. Ejercicio de la guarda

1. La guarda se ha de ejercer de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

2. La autoridad judicial, si no hay acuerdo o si este no se ha aprobado, ha de determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de conformidad con el ar-

**Tabla 4**

Guía orientativa para la confección del plan de parentalidad

<p><b>Ubicación vivienda paterna;</b> Dirección y plano de zona</p> <p><b>Describe los miembros de convivencia de la unidad familiar:</b> Indique el tipo de vínculo, entre los adultos y los menores: Hay familia extensa, indique los vínculos entre adultos y los menores: Explique las actividades en que participa el menor en el núcleo familiar:</p> <p><b>Ubicación del centro escolar:</b> Curso del menor Amigos del menor en el entorno escolar Amigos del menor en el entorno familiar paterno Implicación del progenitor en relación al centro escolar</p> <p><b>Vida laboral del padre:</b> Horarios Turnos Horarios del menor Compaginación horaria de ambos Describa los espacios en que se produce la adaptación horaria con los menores: Específicamente: ¿Hora de levantarse, qué implica?</p> <p><b>Desplazamientos:</b> Acompañamiento al menor al centro escolar Horarios Días que lo acompaña Recogida del menor del centro escolar Horarios Días en que lo recoge ¿Autobús escolar? ¿Comedor escolar? ¿Come en casa? ¿En la tarde cómo es la actividad extra escolar del menor? Describa las pautas de higiene habituales del menor Cena y horario de acostarse al menor</p> <p><b>Personalidad del menor, rasgos y características:</b> Edad Momento del desarrollo Pautas psicoeducativas Actividades de su preferencia Tipo de demandas del menor al padre Desarrollo educativo del momento actual: pautas psicoeducativas que asume el padre En su caso: ¿Refuerzo escolar pedagógico o especializado? En su caso: ¿Tratamiento médico y forma de participación del padre? En su caso: ¿Tratamiento psicológico y forma de participación del padre? Centro médico de adscripción En su caso: Tipo de seguro médico, mutua, hospital de referencia o CSMIJ En su caso: Pautas médicas o psicológicas o de reeducación del menor Forma de participación del padre Hábitos de alimentación en el entorno paterno Situaciones especiales, en su caso: (Diabetes infantil, obesidad, anorexia, bulimia, etc.) Distribución y espacios del menor en la vivienda del padre. (fotos, planos...) Pautas de comunicación con el otro progenitor, horarios y tipo de medios, móvil, internet, video conferencia, etc. En su caso: Traslados de ciudad o país, especialmente cuando un progenitor reside en el extranjero.</p>	<p><b>Ubicación vivienda materna;</b> Dirección y plano de zona</p> <p><b>Describe los miembros de convivencia de la unidad familiar:</b> Indique el tipo de vínculo, entre los adultos y los menores: Hay familia extensa, indique los vínculos entre adultos y los menores: Explique las actividades en que participa el menor en el núcleo familiar:</p> <p><b>Ubicación del centro escolar:</b> Curso del menor Amigos del menor en el entorno escolar Amigos del menor en el entorno familiar materno Implicación del progenitor en relación al centro escolar</p> <p><b>Vida laboral de la madre:</b> Horarios Turnos Horarios del menor Compaginación horaria de ambos Describa los espacios en que se produce la adaptación horaria con los menores: Específicamente: ¿Hora de levantarse, qué implica?</p> <p><b>Desplazamientos:</b> Acompañamiento al menor al centro escolar Horarios Días que lo acompaña Recogida del menor del centro escolar Horarios Días en que lo recoge ¿Autobús escolar? ¿Comedor escolar? ¿Come en casa? ¿En la tarde cómo es la actividad extra escolar del menor? Describa las pautas de higiene habituales del menor Cena y horario de acostarse al menor</p> <p><b>Personalidad del menor, rasgos y características:</b> Edad Momento del desarrollo Pautas psicoeducativas Actividades de su preferencia Tipo de demandas del menor a la madre Desarrollo educativo del momento actual: pautas psicoeducativas que asume la madre En su caso: ¿Refuerzo escolar pedagógico o especializado? En su caso: ¿Tratamiento médico y forma de participación de la madre? En su caso: ¿Tratamiento psicológico y forma de participación de la madre? Centro médico de adscripción En su caso: Tipo de seguro médico, mutua, hospital de referencia o CSMIJ En su caso: Pautas médicas o psicológicas o de reeducación del menor Forma de participación de la madre Hábitos de alimentación en el entorno materno Situaciones especiales, en su caso: (Diabetes infantil, obesidad, anorexia, bulimia, etc.) Distribución y espacios del menor en la vivienda de la madre. (fotos, planos...) Pautas de comunicación con el otro progenitor, horarios y tipo de medios, móvil, internet, video conferencia, etc. En su caso: Traslados de ciudad o país, especialmente cuando un progenitor reside en el extranjero.</p>
--	--

título 233-8.1. Asimismo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda sea ejercida de forma individual si conviniere mejor al interés del hijo.

Entre 55-60 % de los divorcios o separaciones matrimoniales son por mutuo acuerdo entre las partes, aunque se ha de notar que el Juez no está vinculado a dicho acuerdo, porque en el caso del ISM se trata de un interés público. Si el convenio regulador y el plan de parentalidad sobre guarda y custodia de los menores es correcto, el Juez respetará el mutuo acuerdo de ambas partes (Caso, 2013).

3. La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien cabe ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.

4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, si no hubiere, a una institución idónea, a las que se podrán conferir funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.

Artículo 233-11. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda

1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, se ha de tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los criterios y las circunstancias siguientes ponderadas conjuntamente:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares

En la separación y en el divorcio estamos ante un proceso psicológico de duelo que ha de ser elaborado por los menores. En este sentido, el informe pericial adquiere relevancia en los casos conflictivos (Caso, 2013). Independientemente de otras estimaciones, el psicólogo en la entrevista a los progenitores, puede evaluar el prototipo de vínculo adulto y conocer el tipo de apego predominante en cada uno de los progenitores. Diversos autores (De Hass, Bakermans-Kranenburg e Ijzendoorn, 1994; Main, Kaplan y Cassidy, 1985; Medina, 2006) han descrito cuatro tipos de vínculos afectivos: a) Seguro - autónomo - libre: La descripción del entrevistado es clara y coherente. Accede a los tópicos con facilidad y flexibilidad. Muestra capacidad de valoración de las experiencias de apego. Consigue con facilidad proximidad, confianza y reciprocidad de las relaciones íntimas. b) Preocupado - enredado: El entrevistado se muestra atrapado en sus experiencias pasadas de apego; los conflictos antiguos parecen estar absolutamente presentes. Muestra oscilación entre valoraciones positivas y negativas. Se da hiperactivación de la información sobre apego. Su atención suele estar sesgada hacia el afecto negativo. Se manifiestan relaciones simbióticas, celos y dificultades para las relaciones duraderas. c) Distante - despectivo: Su explicación es incoherente, incompleta con lagunas de memoria. Imagen idealizada o despectiva de sus padres. Se da desactivación de las experiencias de apego. Tien de a vivir sus relaciones como problemáticas y no le agrada la auto-revelación íntima. d) Trauma no resuelto: Muestra desorganización y pérdida de coherencia cuando habla de una experiencia traumática o de una pérdida. Confusiones (de tiempo pasado - presente - lugar), lapsus, experiencias disociadoras o cuasi disociadoras (Fonagy, 2001, 2010).

La figura 2 resume los cuatro estilos parentales que recientes investigaciones han definido sobre la forma de relación con los hijos, que tienen trascendencia en la transmisión de normas éticas y en los afectos, especialmente en relación al menor adolescente.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, conforme a su edad

En este apartado adquiere importancia para la evaluación pericial los aspectos de la salud mental de los progenitores. No todos los problemas mentales pueden impedir la guarda de los hijos menores, es preciso que el trastorno mental esté activo y que cause o pueda causar daño al menor. Subrayamos la incidencia que el diagnóstico psi-

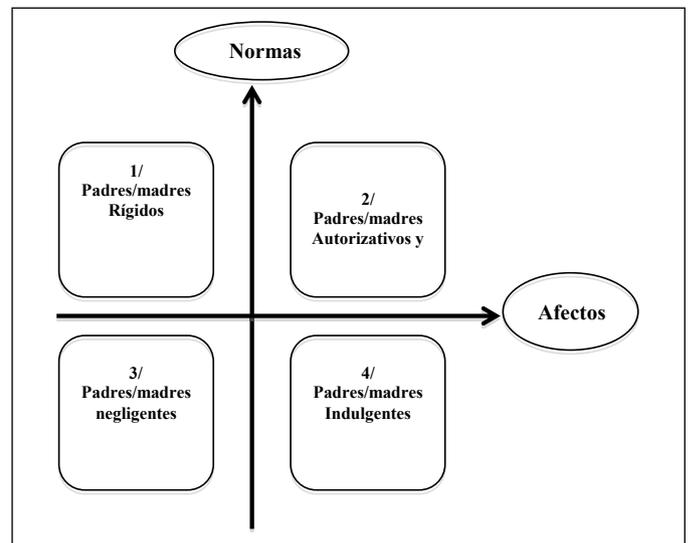


Figura 2. Tipos de estilos parentales. Adaptado de Main et al., 2006

cológico del progenitor tiene sobre la relación con el menor (Caso, 2013). En el progenitor con un trastorno mental, se ha de evaluar su grado de consciencia de enfermedad y su disposición al tratamiento adecuado. Los problemas de adicción a drogas, también deben ser cuidadosamente evaluados. El entorno familiar y la red de soporte familiar y social son elementos que han de ser contemplados para el análisis de la situación global.

Es importante resaltar que el informe psicológico deberá ser elaborado desde una posición de neutralidad y objetividad, atendiendo a las circunstancias personales y sociales de todo el grupo familiar. Además, debe cumplir con los principios éticos y científicos que señalan las directrices de la American Psychological Association (2002; 2010) donde se especifica, entre otras, la necesidad de seguir los modelos éticos de mayor relevancia en su función y mantener actualizados los conocimientos científicos, legales y profesionales de su competencia.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con ambos progenitores

Varias sentencias del Tribunal Supremo han reconocido la importancia de las actitudes y, en consecuencia, la necesaria capacidad para reconocer al otro en la relación como progenitor. Determinados mensajes demoledores hacia el otro progenitor generan conflictividad y malestar innecesario que puede trascender a los menores; por consiguiente, conviene evaluar el grado de conflictividad en la que es precisa una mínima capacidad de relación entre los progenitores y de las divergencias existentes entre ellos (Caso, 2013). A modo de ejemplo reproducimos dos puntos del fallo de la STS (628/2012):

»Segunda. - Desde un punto de vista técnico no se han encontrado indicadores suficientes que justifiquen un cambio en la titularidad de la guarda y custodia de la menor. Por tanto, creemos que un cambio respecto de la situación actual no afectaría esencialmente a su bienestar psicológico, ni de forma positiva ni de forma negativa, por el contrario, cualquier modificación en el entorno de la menor supondría una readaptación de esta que en el momento de la presente pericial no creemos necesario. Respecto a la opción de guarda y custodia compartida planteada en segunda opción por el Sr. xxx la conflictividad interparental, desde un punto de vista técnico, desaconseja dicha opción.

»Tercera. -La conflictividad inter progenitores post ruptura se ha identificado desde la literatura científica al respecto como un factor de riesgo para la adaptación de los menores al proceso de separación familiar y por ende a su normal desarrollo psicoevolutivo, considerándose,

desde un punto de vista técnico, adecuado la incursión de los Sres. xxx en una intervención terapéutica que les ayude a gestionar de manera adecuada la separación conyugal, en el sentido de las consideraciones de este informe.

En relación al régimen de contactos paterno – filial, la Sentencia de 31/03/2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona (190/2009) analiza el *ius visitandi* como un derivado del Derecho de relaciones con los padres, en el cual, el principio de buena fe debe presidir el derecho de visita y la natural colaboración de ambos progenitores. La Constitución Española (1978) recoge en:

*Art. 31-1 - Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*Art. 31-3 - Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*

En concordancia con dichos artículos constitucionales, que entroncan con el Derecho natural y el Derecho político, el artículo 160 CC, ordena que los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. Conforme al art. 94 del CC:

*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.*

*Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.*

El derecho de visita regulado en el art. 94, del CC, es interpretado no como un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir necesidades afectivas y educativas en aras de un desarrollo equilibrado de los menores.

Dado el carácter dinámico del proceso del desarrollo de los menores, los acuerdos establecidos en el convenio regulador, tras el divorcio o separación de los cónyuges, pueden ser objeto de modificación de medidas previas, por circunstancias sobrevenidas relevantes. El Juez puede dictar la modificación o la resolución del anterior convenio para adaptarse a la nueva situación, ahora bien, se han de producir acontecimientos que repercutan en la relación paterno-filial así como en la obligación y en su cumplimiento. De acuerdo con Garrido (2010), el principio jurídico *pacta sunt servanda* debe cumplirse como garantía de seguridad y estabilidad de los pactos que se dictaron en sentencia tras el divorcio. Para que puedan alterarse acuerdos anteriores se precisan los siguientes requisitos: a) que entre las circunstancias en el momento del cumplimiento del convenio regulador y las de la nueva demanda por modificación se haya producido una alteración extraordinaria; b) que consecuencia de dicha alteración resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas; c) que ello se haya producido sobreviniendo circunstancias realmente imprevisibles; y d) que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio.

Pensamos que, en estos supuestos, sería conveniente que la evaluación enfocara el estudio a la alteración sustancial de las circunstancias que pudieran justificar tal demanda de cambio de medidas, especialmente concretase en qué forma beneficiaría o perjudicaría al menor dichos cambios. Si, por ejemplo, el perito de parte afirma “que no se desprenden indicadores que sugieran la conveniencia de introducir cambios en la forma de relacionarse el menor con sus padres”. Debería mantener argumentos específicos y válidos que puedan ser probados, pues de lo contrario el informe adolecerá del rigor metodo-

lógico necesario y con bastante probabilidad no sea tomado en consideración. En estos procesos contenciosos, el perito de parte debe tomar en cuenta que ha de analizar y estudiar a todo el grupo familiar. Debe tener presente que el otro progenitor en su estrategia pueda negarse a ser entrevistado y que solicite otra pericial a otro profesional. Si esto sucede los menores habrán sido acompañados a los respectivos especialistas por cada uno de los progenitores, sin contar con la presencia y la versión del otro progenitor, aspecto que el juzgador, posiblemente estime con las debidas reservas desde el punto de vista probatorio. Un comportamiento habitual en litigios contenciosos de alta conflictividad, es que ambos cónyuges manifiesten apreciaciones confrontadas, con la dificultad añadida de no querer o no poder ponerse en el lugar del otro. Por consiguiente la conclusión de este aspecto sólo podría objetivar la existencia del conflicto. Ahora bien, sería útil para el dictamen poder discriminar si obedece al proceso doloroso de elaboración de la ruptura de la relación o si se trata de un conflicto consecuencia de sus carencias aptitudinales o actitudinales, ya que ello facilitará mejor la tarea del Juez. En la ruptura de la relación el duelo a menudo comporta enfrentamiento o actitudes pasivo-elusivas de la imagen del otro progenitor, manifestadas mediante un comportamiento aferrado a un tipo de actitud reactiva y de irritación frente al otro. Nos parece conveniente señalar en el informe, la necesidad de iniciar un proceso de reflexión en un espacio de mediación familiar o terapia de resolución de conflictos, que permita a los litigantes una adecuada conexión con la realidad parental para colaborar conjuntamente a fin de poder atender el bienestar y las necesidades de contención emocional del menor inmerso en el proceso de la separación matrimonial de sus padres.

*d) El tiempo que cada progenitor dedicó a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejerció para procurarles el bienestar*

En el CCC (2010) se ha tomado en consideración que el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas desde modelos tradicionales, tanto en la idiosincrasia de Cataluña como en la realidad de otras culturas que se han incorporado en la sociedad catalana. Motivo por el que, se destacan como criterios para determinar la guarda individual la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre tuvieron antes de la ruptura.

Pero esta idea proviene de la tesis del “estándar de aproximación” (Scott, 1992). Se trata de un criterio de atribución de la guarda de los hijos en casos de crisis matrimonial o de pareja que consiste en atribuir la a cada uno de los progenitores en la medida de su dedicación histórica a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura. Este criterio fue elegido por el “American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution” como procedimiento a adoptar por el magistrado en caso de desacuerdo entre los progenitores. La idea de la “aproximación” es adaptar la distribución de la guarda de los hijos a la dinámica de cada familia y evitar imponer a todas ellas unos mismos modelos de funcionamiento. La finalidad es lograr soluciones viables, respetuosas con las preferencias de cada familia, que permitan la continuidad de las relaciones de los hijos con sus padres tras el divorcio y que atemperen el carácter de enfrentamiento en las relaciones entre ellos (Garriga, 2008). En su origen se trata de un criterio cuantitativo no cualitativo, por lo cual conviene matizar que contiene aspectos positivos y negativos, puesto que tras la ruptura matrimonial o de pareja cambian las condiciones anteriores, tal como expone Garriga (2008).

*e) La opinión expresada por los hijos*

A los menores se les ha de tener en cuenta pero ellos no eligen ni deciden; se ha de evitar que en las evaluaciones se pueda generar esa creencia en los menores, puesto que dicho error puede conducirles a entrar en un conflicto de lealtades inducido por los propios técnicos (abogados, peritos, progenitores o magistrados). Para comprender el conflicto de lealtades es preciso remitirse al concepto de triangula-

ción de Minuchin (1974) que describe una situación en que los padres, en conflicto manifiesto o latente, tratan de ganar en contra del otro progenitor, el afecto o apoyo del menor, lo que implica el conflicto de lealtades. La situación del menor atrapado emocionalmente en el conflicto de lealtades, suele darse como un síntoma de las dificultades emocionales no elaboradas de los cónyuges. Es un mecanismo usado con la finalidad de evadir el conflicto diádico. Los menores han de quedar fuera del conflicto, para garantizar el ISM, pues tienen derecho a tener un presente como niños (Caso, 2013).

*f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento*

El CCC en su art. 231-22, permite regular mediante escritura pública, los efectos de la futura extinción de la pareja, tal como trata el art. 231-20.1), pero los pactos de supresión o restricción de derechos, como indica el ap. 3), han de ser recíprocos y explicitar los derechos que restringen o a los que se renuncia ya que sí son muy nocivos para una de las partes no son eficaces, según el ap. 5), sí se documenta que hay circunstancias sobrevenidas relevantes que no fueron sensatamente previsibles en el momento en que se otorgaron los acuerdos previos a la extinción. La pareja, según el art. 231-15, puede obtener conjuntamente bienes bajo el citado "pacto de supervivencia". Mediante este pacto, incluido en el título de adquisición, se acuerda que, cuando cualquiera de ellos fallezca, el superviviente se convierta en titular único del conjunto del bien logrado. Los pactos de renuncia a la prestación de alimentos no son eficaces en lo que comprometa la posibilidad de atender las necesidades básicas del conviviente que tiene derecho a pedir, salvo que hayan sido incorporados a una propuesta de convenio.

*g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores*

¿Cuál es la distancia adecuada y el tiempo necesario para los desplazamientos? En este apartado se debería plantear de forma lógica la realidad concreta; horarios y distancias de los traslados de los menores, así como las posibilidades materiales para su efectividad. Según Varela-Álvarez (2013), se han dado sentencias muy dispares que pueden generar inseguridad jurídica. Sin embargo, en la STS (2329/2010) se opera un giro copernicano en la forma tradicional de entender el ISM en la custodia compartida. Afirma que la cláusula abierta del ISM exige acordar esta medida siempre en interés del menor, por lo que tiene preferencia la estabilidad emocional y relacional del menor con ambos progenitores de forma paritaria, antes que separarlo de uno de ellos por razón de mantener una "estabilidad geográfica" (de Torres, 2011).

*2. En la atribución de la guarda, no se pueden separar los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.*

Se ha entendido que los hermanos unidos, dan mayor estabilidad al sistema familiar, salvo en aquellas situaciones en que existe una gran diferencia generacional o impedimentos graves entre los hermanos, en que se podrá aceptar la separación (Caso, 2013).

*3. En interés de los hijos, no se puede atribuir la guarda al progenitor contra el cual se haya dictado una sentencia en firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.*

*Artículo 233-12. Relaciones personales con los abuelos y los hermanos*

*1. Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo domicilio, la autoridad judicial puede aprobar, con audiencia previa de los interesados y siempre que estos den el consentimiento.*

*2. Las personas a que se haya concedido el régimen de relaciones personales están legitimadas para reclamar la ejecución.*

Este artículo está en concordancia con la reforma legal (Ley 42/2003) que, en su día, instauró una innovación a las relaciones entre nietos y sus abuelos para reforzar las relaciones entre estos, en casos de disolución familiar o en casos de abandono de deberes por parte de los progenitores. Además, la ley permitía la atribución

de las funciones relevantes, a los abuelos, en aquellas situaciones en que por las circunstancias que fueren los progenitores hubieren desatendido sus responsabilidades surgidas de la potestad. Se articulaba así la protección del ISM para esta realidad concreta, siempre que por ello no se restringiese o lesionase la relación con alguno de los progenitores. La evaluación psicológica en estos supuestos de dinámicas familiares complejas habrá de analizar qué relaciones existen entre las tres generaciones que forman núcleo familiar e identificar los conflictos y los vínculos afectivos existentes y el régimen de contactos que han mantenido aparte del grado de parentesco. Con relativa frecuencia, en algunos casos, otros parientes han adoptado roles paternos, por lo que -en la evaluación- convendría detallar si se instauró y si fue un rol de referencia el pariente respecto del menor, así como del tipo de vínculo afectivo establecido hacia el menor. Estudios clásicos de la antropología estructural analizaron las relaciones de parentesco en las que la figura del avunculado (del latín *avunculus*, tío materno) representó una tradición en muchas sociedades donde el hermano de la madre ocupaba un rol privilegiado en el sistema de parentesco y/o en la crianza de los hijos cuya función consistía en equilibrar las relaciones familiares (Lévi-Strauss, 1987).

En el estudio de un caso, Pérez (2008) objetivó una falta de comunicación por mor de un conflicto no resuelto que perduraba por más de once años entre los abuelos y los progenitores del menor, a causa del cual el nieto y los abuelos no se conocían. No obstante como los abuelos resultaron idóneos para relacionarse con su nieto, el perito expresó en las conclusiones que, dada la edad del niño, el nivel de conflictividad entre las partes y el rechazo por parte de los progenitores, respecto de los abuelos del menor y a todo lo que representan en los ámbitos educativo, afectivo, de valores o de personalidad, cualquier relación no consensuada entre los abuelos paternos y el menor que no pasase por la conciliación o normalización de las relaciones entre los abuelos paternos y el núcleo familiar de su nieto, del cual su hijo y nuera eran elementos constitutivos, no resultaría beneficiosa para el niño y se vería afectado por esa conflictividad, introduciéndolo y haciéndolo partícipe involuntario de una dinámica familiar repulsiva y conflictiva con consecuencias negativas para su estabilidad psicológica (Pérez, 2008). Se esté de acuerdo o no con la recomendación, es obvio que en el proceso de identificación y desarrollo afectivo es positivo que el menor tenga conocimiento de la existencia de sus parientes en segundo grado. El conocimiento de las líneas de parentesco y las figuras familiares facilita la integración de la personalidad y proporciona un sentido de identidad y pertenencia, pero el caso ilustra la necesidad de intentar resolver antes el conflicto intergeneracional y, a su vez, diseñar un programa pautado y supervisado de encuentros progresivos entre abuelos, nieto y progenitores.

*Artículo 233-13. Supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo*

*1. La autoridad judicial puede adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, los hermanos u otras personas próximas se desarrollen en condiciones que en garanticen la seguridad y la estabilidad emocional.*

*2. Si hay una situación de riesgo social o peligro, se puede confiar la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar.*

### **Pautas importantes de referencia para el psicólogo forense**

El informe pericial psicológico es un recurso legal a disposición del magistrado para el desempeño de su tarea en la toma de decisiones judiciales. La elaboración del informe pericial conlleva tres vertientes cardinales: a) la entrevista forense; b) las pruebas de psicometría; y c) la observación en medio artificial -gabinete o consultorio- y en medio natural o domicilio de los menores. El objeto del desempeño de la disciplina abarca: 1) la evaluación de la perso-

nalidad con los indicadores de normalidad o patología, tanto de adultos como de menores; 2) el estudio del expediente judicial; 3) el estudio de la biografía, evolución y disolución de la relación matrimonial; 4) la adaptación de los miembros del grupo familiar en el ámbito personal, social, escolar, laboral; 5) la valoración de actitudes, aptitudes, intereses, habilidades y perspectivas de los miembros objeto de estudio; 6) la estimación de la dinámica familiar; 7) el análisis de las percepciones, experiencias y resistencias o rigideces ante la problemática familiar; y 8) el estudio de las destrezas parentales y estilos formativos respecto de los menores.

El psicólogo forense en el desempeño de su función pericial, debe respetar los principios analizados en este trabajo que resumimos en:

1) El perito para elaborar el dictamen debe comprender el alcance del concepto jurídico del ISM para el mejor cuidado responsable, afectivo, educativo y relacional de los hijos por parte de los progenitores o delegados legales, que está en rango superior al derecho de los propios progenitores.

2) Jurídicamente la figura del perito es la de un profesional con conocimientos especiales cuya misión es auxiliar al juez, conforme al art. 335 (LEC, 1/2000).

3) El respeto por el principio de igualdad ante la ley de las personas contendientes, que implica la intervención pericial desde una disposición de ecuanimidad, neutralidad e imparcialidad.

4) El respeto por los derechos y garantías de información sobre la razón de la intervención, la metodología que se empleará, el propósito de la intervención, el destino de la indagación, el encargo judicial y los aspectos relativos al secreto profesional.

5) El respeto al derecho de la intimidad de las personas, que obliga al perito a la actuación estricta y necesaria para la confección del dictamen, soslayando injerencias en la esfera personal, social o laboral de menores o progenitores que pudieran resultar ilegítimas.

6) El principio de corresponsabilidad de los progenitores que entraña la redefinición de sus responsabilidades parentales.

7) El principio de competencia, que instaura los términos de la intervención de acuerdo a los objetivos del dictamen.

8) Los principios de eficacia y eficiencia que implica desempeñar adecuadamente el requisito judicial, respetando sin demoras los requisitos establecidos.

9) Decidir si el material del que dispone es susceptible y apropiado para el análisis del informe pericial, el límite de su trabajo, la metodología y los recursos, la concordancia con los criterios y recomendaciones normativas de colegios profesionales, la adscripción al código deontológico, así como los conocimientos científicos actualizados.

10) Obligación de cumplir con los principios que rigen su tarea, las incompatibilidades, o la posibilidad de ser recusado (Art. 124, 343, LEC).

11) Obligación de intervenir en el juicio oral (Art. 347, LEC). El tribunal valorará el informe según las reglas de la sana crítica, por ello el informe no es vinculante para la decisión del Juez (Art. 348, LEC). Estos aspectos ponen en relevancia la necesidad de que el psicólogo forense se rija por el principio de independencia profesional. El psicólogo siempre debe ser prudente, observar las recomendaciones colegiales y ser consciente de su papel colaborador con jueces y fiscales.

12) Incluir el análisis de viabilidad del plan de parentalidad –Cataluña- o pactos de convivencia (ej.: Aragón, Valencia, etc.), como documento a considerar en el informe pericial.

13) Evaluar los vínculos afectivos entre los progenitores y los hijos, tipo de apego e incidencia del vínculo en el menor.

14) Valoración –en su caso– del estado psicológico del progenitor y, medida en que pueda o no afectar al proceso educativo o del desarrollo madurativo del menor.

15) Análisis de las actitudes de cooperación u obstrucción entre los progenitores sobre la parentalidad.

16) Análisis de contactos del régimen de contactos paterno filial.

17) Análisis de las relaciones parentales anteriores a la ruptura de

la pareja, y del tiempo de dedicación de cada progenitor con su/hijo/s.

18) Estudio de los menores, sus necesidades afectivas, escolares, evolutivas, madurativas y de escuchar sus deseos tomando en consideración el momento evolutivo de estos.

19) Análisis de la relación entre hermanos, y con la familia extensa (abuelos, tíos, etc.).

20) Observación de posibles situaciones de riesgo para los menores.

El psicólogo forense debe poder dar respuesta a la demanda del Juez con los datos que éste precisa de su conocimiento profesional. En base a ello, hemos revisado desde una óptica diferente, los conceptos jurídicos más importantes en la evaluación de la custodia de menores, que puedan servir de referencia para orientar el trabajo del profesional conforme a las directrices de la APA (2002, 2010), a fin de mantener mejores estándares de formación actualizada.

### Conflicto de intereses

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

### Referencias

- Ackerman, M. J. (2010). *Essentials of forensic psychological assessment* (2ª Ed.) New York: John Wiley & Sons.
- American Psychological Association. (2002). *Ethical principles of psychologists and code of conduct*. Washington: American Psychological Association. Recuperado de <http://www.apa.org/ethics/code/principles.pdf>
- American Psychological Association. (2010). Guidelines for Child Custody Evaluations in Family Laws Proceedings. *American Psychologist*, 49, 677-680.
- Arch, M. (2010). Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: Implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia. *Papeles del Psicólogo*, 31(2), 183-190.
- Arch, M., y Jarne, A. (2008). Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto. *Revista de Derecho de Familia*, 41, 25-43.
- Camara, K.A., y Resnick, G. (1988). Interparental conflict and cooperation: Factors moderating children's post-divorce adjustment. En E.M. Hetherington y J.D. Arasteh (Eds.), *Impact of divorce, single parenting, and step-parenting on children* (pp. 169 – 195). Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum.
- Caso, M. (Julio, 2013). *Regulació de la custodia compartida i la seva aplicació*. Conferencia llevada a cabo en el Cicle 2013 de conferències sobre Justícia i Societat del Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada de Catalunya, Barcelona.
- Consejo General del Poder Judicial (2013). *Datos de Nulidades, Separaciones y Divorcios - Datos desde 2007 hasta primer trimestre de 2013*. Recuperado de [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica/Informes\\_estadisticos/Informes\\_periodicos/Datos\\_de\\_Nulidades\\_Separaciones\\_y\\_Divorcios\\_ingresadas\\_en\\_2012](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/Datos_de_Nulidades_Separaciones_y_Divorcios_ingresadas_en_2012).
- Constitución Española. (1978). BOE-A-1978-31229. *Boletín Oficial del Estado*, 311, 29315-29339.
- De Haas, M., Bakermans-Kranenburg, M. y Ijzendoorn, M. (1994). The adult attachment interview and questionnaires for attachment style, temperament, and memories of parental behavior. *The Journal of Genetic Psychology*, 155, 471-486.
- De Torres, J. M. (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 4, 1-61.
- Echeburúa, E., Muñoz, J.M., y Loinaz, I. (2011). La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 11(1), 141-159.
- Fonagy, P. (2001). *Attachment theory and psychoanalysis*. New York: Other Press.
- Fonagy, P. (2010) *Psychoanalytic Theories*. En Weiner, I., B. y Craighead, E., W. (Eds.) *The Corsini encyclopedia of psychology* (pp.1308-1309). Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.
- Galatzer-Levy, R. M. y Kraus, L. (1999). *The scientific basis of child custody decisions*. New York: Ed. John Wiley & Sons.
- García, M. P. y Otero, M. (2006). Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005. *Revista Jurídica de Castilla y León* 8, 69-105.
- Garrido, M. (2010). *Lo que queda del principio clásico pacta sunt servanda*. Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, Proyecto "Historia de los Derechos Fundamentales". (DER-2008-03941/JJURI). Madrid: Siglo XX.
- Garriga, M. (2008). El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-15.
- Horst-Ebenhard, H. (1979). *La cuestión de hecho, el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. (T. Banzhaf, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Institut de Dret Privat Europeu i Comparat. (2010). Libro segundo del Código Civil de Cataluña. Universitat de Girona. Recuperado de <http://civil.udg.es/normacivil/cat/cc/es/125-2010.htm>
- Instituto Nacional de Estadística. (2012). *Estadística de nulidades, separaciones y divorcios*. Madrid: autor.

- Instituto Nacional de Estadística. (2013). *Estadística de nulidades, separaciones y divorcios*. Madrid: autor.
- Johnston, J.R. y Campbell, L.E. (1988). *Impasses of divorce: The dynamics and resolution of family conflict*. New York: Free Press.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho* (Décimo cuarta ed.). (R. Vernengo, Trad.). México: Porrúa.
- Lebow, J. (2003). Integrative family therapy for disputes involving child custody and visitation. *Journal of Family Psychology*, 27(1), 181-192.
- Lévi-Strauss, C. (1987). *Antropología estructural*. Barcelona. Paidós.
- Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas. (2011). BOE-A-2011-7329. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 98, 41873-41879.
- Ley 2/2010 de Custodia Compartida Aragonesa. (2010). *Boletín Oficial de Aragón (BOA)*, 111, 14534- 14542.
- Ley 25/2010 del libro 2º del Código civil de Cataluña. (2010). BOE-A-2010-13312. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 203, 73429-73525.
- Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio. BOE-A-2005-11864. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 163, 24458-24461.
- Ley 42/2003 de modificación del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. (2003). BOE-A-2003-21338. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 280, 41421-41422.
- Ley 1/2000 Ley de Enjuiciamiento Civil (2000). BOE-A-2000-323. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 7, 575-728.
- Ley 11/1990, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (1990). BOE-A-1990-25089. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 250, 30527-30528.
- Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. (1981). BOE-A-1981-11198. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 119, 10725-10735.
- Ley Foral 3/2011 sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. (2011). BOE-A-2011-6554. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 87, 37538- 37540.
- Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento Civil (1996). BOE-A-1996-1069. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 15, 1225-1238.
- Maccoby, E., Depner, Ch. y Mnookin, R. (1990). Coparenting in second year after divorce. *Journal of Marriage and Family*, 52, 141-155.
- Main, M., Kaplan, N., y Cassidy, J. (1985). Security of infancy, childhood and adulthood: A move to the level of representation. *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 50(1-2), 66-104.
- Medina, P. (2006). Crecer en el cruce de las culturas, adolescencia, identidad e inmigración. *Revista Internacional de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Estudios Culturales*, 1(4), 129-139.
- Minuchin, S. (1974). *Families and family therapy*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Organización de las Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. ONU.
- Pérez, X.M. (2008). Aspectos del informe pericial forense sobre determinación de idoneidad y relación de visitas de abuelos respecto a su nieto. *Información Psicológica*, 93, 97-106.
- Proposición no de Ley, 161/002019 (2013). Comisión de Justicia. Congreso de los Diputados. BOCG-10-D-343. *Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG)*, 342, 6-7.
- Rodríguez-Domínguez, C. (2014). *Estudio Descriptivo de los Peritajes en el contexto de Familia y su repercusión en las Sentencias, realizados en los Juzgados de Familia*. (Tesis doctoral inédita). FPCEE Blanquerna, Universidad Ramón Llull, Barcelona.
- Scott, E. S. (1992). Pluralism, parental preference and child custody. *California Law Review*, 80, 615-616.
- STS 2010/2329. (2010). Sentencia del Tribunal Supremo. *Tribunal Supremo de Justicia, Sala 1ª de lo civil*, Madrid
- STS 2009/4581. (2009). Sentencia del Tribunal Supremo. *Tribunal Supremo de Justicia, Sala 1ª de lo civil*, Madrid.
- STS 2009/7257. (2009). Sentencia del Tribunal Supremo. *Tribunal Supremo de Justicia, Sala 1ª de lo civil*, Madrid.
- STS 2012/628. (2012). Sentencia Tribunal Supremo. *Tribunal Supremo de Justicia, Sala 1ª de lo Civil*, Madrid.
- STSJ 2009/190. (2009). Sentencia Audiencia Provincial 190/2009. *Tribunal Superior Justicia de Catalunya, Sec. 18 Audiencia Provincial de Barcelona*, Barcelona.
- Varela-Álvarez, C. (Julio 2013). *Regulació de la custodia compartida i la seva aplicació*. Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada de Catalunya, Barcelona.