

# Guía para la elaboración de un diagnóstico social en el informe pericial en casos de custodia disputada

RAFAEL ALCÁZAR RUIZ\*, EVA PÉREZ FERNÁNDEZ\*\*, VICTORIA FERNÁNDEZ MARÍN\*\*\* Y PAULA GARCÍA DOMÈNECH\*\*\*\*

\* Diplomado en Trabajo Social por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Sociología por la Universidad de Alicante. Máster en Educación, Prevención y Rehabilitación de Conductas Adictivas en la Universidad Católica de Valencia. Profesor asociado en el Departamento de Sociología I de la Universidad de Alicante. Código Orcid: 0000-0002-8134-917X

\*\* Graduada en Trabajo Social, Mediadora familiar, Directora en Centros residenciales de atención a menores y en Centro Sociosanitario. Perito Social adscrita al Tribunal Superior de Justicia en Juzgado de Violencia sobre la Mujer desde el año 2010.

\*\*\* Graduada en Trabajo Social por la Universidad de Alicante. Realizó sus prácticas de grado en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Alicante.

\*\*\*\* Graduada en Trabajo Social por la Universidad de Alicante. Realizó sus prácticas de grado en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Alicante.

Recibido: 6 diciembre 2018. Aceptado: 27 septiembre 2019.

## RESUMEN

En este artículo se expone el resultado de la investigación en la que se han recopilado todos los factores que el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la literatura científica consultada emplean en la definición del término abstracto "custodia compartida". Una vez conocidos estos factores, se ha construido una tabla de indicadores, que pueden servir como instrumento guía para la elaboración de un diagnóstico social, requisito esencial en todo informe pericial. Por otra parte, los resultados pueden orientar futuras investigaciones orientadas a la definición y medición de cada uno de los factores que conforman el término custodia compartida.

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida; diagnóstico social; cambio social.

## Guideline to make up a social diagnosis in social report when joint custody is disputed

## ABSTRACT

In this paper is explained the result of a research in which it has been collected all the factors that law, jurisprudence and scientific literature are using in case of joint custody. Once all the factors have been known a guideline has been built, as a resource in order to make a social diagnosis, a necessary requirement in social report in family court. Furthermore, the results could be used in future researchers focused in the assessments and measure of the factors that define the concept "joint custody".

**KEY WORDS:** Joint custody; social diagnosis; social change.

### CORRESPONDENCIA

alcazar\_raf@gva.es | eva.perez.fernandez@madrid.org | vfernandez592@gmail.com | paulagd16@gmail.com

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las áreas de la disciplina de trabajo social que ha tenido mayor dinamismo en los últimos años ha sido el trabajo social judicial o forense, como así lo demuestra el surgimiento de cursos de especialización en universidades, institutos de formación de la administración, celebración de jornadas y congresos, organizados por colegios profesionales y universidades. Por otra parte, se trata de una especialidad en la que surgen nuevas oportunidades laborales para los titulados y también para la investigación social aplicada. La reciente incorporación de profesionales de trabajo social en los Gabinetes Psicosociales Comarcales<sup>1</sup>, en las Unidades de Valoración Integral Forense, en las Oficinas de Atención a Víctimas del Delito<sup>2</sup>, o los Juzgados de Menores, son ejemplos del dinamismo de una especialidad emergente.

La intervención de los trabajadores/as sociales como técnicos asesores de los tribunales se remonta a los orígenes de la profesión. En España, antes de la Guerra Civil existían trabajadores sociales dentro del Consejo Superior de Protección de Menores (CSPM), cuyo antecedente fue la figura de las "visitadoras sociales". Posteriormente, la figura del trabajador/a social realizó función de asesoramiento en las Juntas de Protección de Menores y en los Tribunales Tutelares de Menores (Ruiz-Rodríguez, 2013).

En el ámbito de familia, los actuales equipos técnicos en los juzgados nacieron como consecuencia de la aplicación de la Ley del Divorcio que entró en vigor en 1981. Desde el inicio se situaron a los trabajadores/as sociales junto a otros profesionales conformando un equipo técnico. A partir de ese momento la plantilla de los Equipos dependientes de la Administración de Justicia

se fue ampliando, no solo en número, sino también en otros órdenes jurisdiccionales. Así, se crearon equipos en Clínicas Médico Forenses, Juzgados de Menores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, Juzgados de Tutelas e Incapacidades. Por otra parte, paralelamente al incremento del número de Equipos Técnicos Psicosociales, se inició el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas (Ruiz-Rodríguez, 2013).

El desarrollo de la especialidad no ha estado exenta de dificultades: diferencias en los tiempos de respuesta, en el lenguaje empleado, en la metodología de trabajo y en diversidad territorial, han condicionado su desarrollo como disciplina científica. Para superar estos obstáculos, Simón (2009) propuso un modelo de intervención social como aportación del trabajo social. En este protocolo se incluye la elaboración de un diagnóstico social como contenido principal del informe pericial.

Todo informe pericial está dividido en dos partes diferenciadas: descriptiva y analítica (Ruiz-Rodríguez, 2013; Gómez-Gómez y Soto, 2015). En la parte descriptiva se vuelcan los datos observados y se exponen los resultados de las pruebas realizadas en entrevistas, cuestionarios o visitas domiciliarias. Por otra parte, en la parte analítica, el trabajador/a social realiza un diagnóstico social sobre una situación concreta. Todo diagnóstico social es interpretativo y conceptual. Su esencia no es la recopilación de datos, sino su análisis para establecer relaciones entre los factores (Herráiz y De Castro, 2013). Se trata de un esfuerzo de síntesis, interpretación y evaluación profesional de una situación. El diagnóstico social es un elemento fundamental en el proceso metodológico del trabajo social, pues las intervenciones y los resultados dependen de ello.

Partiendo de la importancia y necesidad de elaborar un diagnóstico social, surge esta investigación cuyo objetivo es proporcionar a los profesionales del trabajo social un instrumento guía para hacer un diagnóstico social en la elaboración del informe pericial en casos de custodia disputada. Se presenta una escala de evaluación de la custodia compar-

1 Resolución de 6 de noviembre de 2017, de la Consellería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, por la que se crean los gabinetes psicosociales comarcales de apoyo a los juzgados y tribunales de la Comunitat Valenciana.

2 Decreto 165/2016, de 4 de noviembre, del Consell, por el que se crea y regula la Red de Oficinas de la Generalitat de Asistencia a las Víctimas del Delito.

tida basada en los criterios objetivos que los tribunales tienen en cuenta en la atribución de la guarda y custodia en casos de divorcio.

## 2. CONTEXTO SOCIO-JURÍDICO

La primera norma legislativa en España tras la promulgación de la Constitución fue la Ley 30/1981<sup>3</sup>, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio. En esta ley no se recogía el modelo de custodia compartida, siendo el criterio general la atribución unilateral o exclusiva a uno de los progenitores, generalmente la madre, estableciendo para el otro progenitor un régimen de visitas (Pinto, 2015).

A nivel estatal, la Ley 15/2005<sup>4</sup>, de 8 de julio, volvió a modificar el Código Civil en materia de separación y divorcio, introduciendo por primera vez la posibilidad de establecer el ejercicio de la guarda y custodia de manera compartida por los progenitores sobre los hijos menores en los supuestos de crisis matrimonial. Posteriormente, entre los años 2011 y 2012, se llevaron a cabo reformas legislativas por parte de algunas comunidades autónomas con competencia en la regulación de las relaciones paterno-filiales con un denominador común: cambio en la terminología que regula las relaciones paterno-filiales y flexibilización del acceso a un modelo de custodia compartida tras la ruptura familiar.

La legislación estatal del año 2005 (ley de divorcio exprés), dio un paso adelante denominando el término custodia compartida, pero no definió los criterios para su aplicación, ni posibilitó la custodia compartida disputada. Por consiguiente, la ley 15/2005 ofrecía grandes dificultades al tribunal para otorgar

la custodia compartida cuando ésta era una cuestión disputada, ya que no definía criterios para su atribución.

Pasado el tiempo, la jurisprudencia y las legislaciones autonómicas de Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia, se fueron ocupando de excluir esta excepcionalidad, estableciendo presupuestos para su atribución.

En cualquier caso, son los jueces y juezas los encargados de aplicar o no estos criterios en casos de custodia disputada. Cuando tienen dudas sobre su aplicación, instan a los gabinetes psicosociales para que hagan un estudio de la situación familiar (Pinto, 2015). El cometido del trabajador/a social es hacer un diagnóstico social fundamentado en su informe pericial social o socio-familiar. Dicho diagnóstico no puede quedar sometido a interpretaciones subjetivas, razón por la que se presenta este estudio que tiene por objeto el conocimiento de los criterios de atribución de la custodia compartida. Una vez conocidos estos criterios, se construirá una guía protocolo en forma de escala de evaluación de la custodia compartida.

## 3. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Los criterios que se emplean actualmente para la atribución de la custodia en procesos de separación y divorcio no han existido siempre, ni han tenido el mismo valor. Su desarrollo histórico ha estado vinculado a los valores y cambios de la sociedad. La evolución de estos criterios ha sido estudiada por Grisso (1990) y Gardner (1982), observándose cómo la Revolución Industrial supuso un cambio en la composición y distribución de los roles en la familia, pues los avances científicos y médicos supusieron una disminución de la mortalidad y el aumento de la esperanza de vida que, junto con la industrialización, la incorporación de la mujer al mercado laboral, la legislación del divorcio y la movilidad geográfica de los trabajadores, fue cambiando la estructura de la familia y generando nuevas relaciones familiares.

3 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE, 20 de julio de 1981, nº 172, pp. 16457-16462.

4 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE, 9 de julio de 2005, nº163, pp. 24458-24461.

Consecuentemente, a partir de los años 70 se produjo el auge de los principios de igualdad entre los sexos y se fue consolidando en la práctica judicial la doctrina del mejor interés del menor, cuyo principal exponente a nivel legal es el Acta de Michigan (1970), el cual aportó dieciocho criterios para determinar la custodia de los hijos y constituye el punto de referencia obligado para el estudio de los criterios que tienen en cuenta los tribunales en la atribución de la custodia.

En España, Arce, Fariña y Seijo (2005) abrieron una línea de investigación sobre los razonamientos judiciales en procesos de separación a partir del estudio empírico de 1.000 sentencias civiles datadas entre 1993 y 1999. Posteriormente, Novo, Quinteiro y Vázquez (2013) continuaron la misma metodología de investigación aplicada a una muestra de 468 sentencias.

Guilarte (2010), Viñas (2012) y, más recientemente, Pinto (2015) han realizado estudios pormenorizados sobre cómo los tribunales han ido definiendo e interpretado estos criterios. Ramírez-González (2017) ha hecho una revisión de los criterios de atribución de la custodia compartida, señalando los criterios que han sido relevantes para literatura científica en los últimos años. En la Comunidad Valenciana, Ruiz-Callado y Alcázar (2017) realizaron un estudio de las sentencias judiciales en materia de custodia compartida disputada y exploraron los criterios considerados más importantes por los tribunales tanto para su atribución como para su rechazo.

Se procede a describir los criterios relevantes en la atribución de la custodia compartida.

### 3.1. La capacidad de los padres

El hecho de tener habilidades parentales constituye una condición necesaria para el ejercicio de la custodia. No siempre es necesario valorar la capacidad o aptitud de los padres, ya que ésta se presume en la mayoría de los casos y no se cuestiona por las partes (Ramírez-González, 2017). El problema surge cuando así se demanda por alguna de las partes. Esto suele ocurrir en

casos de consumo de drogas, o enfermedad mental. En estos casos lo que se plantea al técnico es conocer hasta qué punto la situación de enfermedad afecta a sus capacidades parentales.

La información relevante a obtener en estos casos es la exploración de la capacidad parental, o el hecho de tener conciencia del problema o enfermedad, si fuera el caso. También es importante en estos casos, estudiar el apoyo social y familiar con el que se cuenta en aras a paliar o solucionar los problemas de adaptación personal o social con los que se encuentre.

### 3.2. La relación de los progenitores entre sí como determinante del nivel de conflicto familiar

Este factor tiene una previsión legal en el art. 92.6 C.C que para acordar cualquier régimen de custodia el juez o jueza tendrá en cuenta, entre otras cuestiones, "la relación que los padres mantengan entre sí". El artículo del Código Civil no señala ninguna pauta de interpretación, quedando, por tanto, en manos del juez/a la decisión sobre qué tipo de relación debe existir entre los progenitores para que pueda acordarse la custodia compartida.

Todos los autores consultados parecen estar de acuerdo en la necesidad de que los progenitores logren separar sus diferencias personales y actúen con un cierto grado de consenso en lo que concierne a la toma de decisiones que afectan a los hijos. En el mismo sentido se pronuncia Viñas (2012) subrayando la capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y de corresponsabilidad. Los padres pueden manifestar un desacuerdo sobre un extremo concreto, pero se aprecia en ambos una tendencia a superar las desavenencias por el bien del hijo.

Tradicionalmente, una mala relación personal entre los progenitores ha venido siendo la causa alegada con más frecuencia por nuestros tribunales para la denegación del régimen de custodia compartida. De hecho, la custodia compartida, como una cuestión

disputada es un fenómeno reciente, ya que la ley del año 2005<sup>5</sup> sólo la contemplaba de modo consensuado, razón por la que este factor ha dado lugar a una desestimación frecuente de la custodia compartida (Pinto, 2015). Con el tiempo, este factor ha dejado de ser determinante, ya que se ha ido relativizando su importancia por considerar que no todas las discrepancias son iguales y que el grado de conflicto familiar es diferente en cada familia (Ramírez-González, 2017).

Existen familias con unas relaciones muy conflictivas y beligerantes que coexisten con otras más respetuosas, en las que no se cuestiona la capacidad parental del otro progenitor, ni se llega a su descalificación. El conflicto se centra en un tema concreto sobre el modelo de custodia a seguir, pero no se cuestiona ni la capacidad parental del otro progenitor, ni tampoco se niega la relación positiva con los hijos.

Entre el extremo de un alto conflicto familiar, con denuncias por violencia de género, o judicialización de conflictos y un desacuerdo puntual sobre custodia, existe un amplio abanico de casos y posibilidades. El hecho de que los progenitores hayan sido capaces de encontrar una vía de comunicación directa o indirecta para abordar temas comunes sobre los hijos y la existencia de reconocimiento mutuo en sus capacidades parentales, son indicadores del bajo grado de conflicto existente en la relación que mantienen los padres entre sí.

Por el contrario, el máximo grado de conflicto aparece cuando existe condena por violencia de género y ambos progenitores se desacreditan mutuamente su capacidad parental. Sobre este aspecto, la ley<sup>6</sup> desaconseja la atribución de la custodia compartida, salvo caso de necesidad.

En esta línea, un factor indicativo para valorar la relación entre los progenitores puede

venir configurado por el desarrollo, ejecución y cumplimiento de un previo régimen de visitas que, antes de la petición de custodia compartida, haya podido tener lugar (Pinto, 2015). La obstaculización o no de la relación con el otro progenitor es otro indicador del grado de conflicto existente entre los progenitores.

La relación existente entre los padres es un factor relevante, pero no es condición necesaria y suficiente para determinar la conveniencia o no de una guarda y custodia compartida. El estudio de la custodia compartida exige un análisis de cada familia, valorando cada caso concreto. Es labor del técnico que evalúa cada caso, la exploración y ponderación global de estos criterios.

### 3.3. Modelo educativo común

Judicialmente se valora que exista una similitud en los modelos educativos para facilitar el tránsito de un hogar a otro y que éste resulte imperceptible y no traumático para los menores (Viñas, 2012). No obstante, las divergencias en los modelos educativos pueden no llegar a ser determinantes para excluir la custodia compartida cuando los padres tengan capacidad para mantener los roles del otro progenitor frente a los hijos.

En este sentido resulta útil hacer una diferenciación entre lo que es un modelo educativo común, referidas a las decisiones fundamentales en la vida del menor, aquellas que están comprendidas dentro del ámbito de la patria potestad y que requieren de una decisión conjunta.

Otra cuestión diferente son los estilos educativos, entendidos como formas de actuar de los adultos ante situaciones cotidianas, que pueden ser más asertivos, autoritarios, sobreprotectores, permisivos o democráticos (Musitu y García, 2001), pero que no necesariamente son sentidos por los menores como sistemas normativos antitéticos. En general, en las familias intactas también se siguen pautas educativas diferentes, pero éstas resultan compatibles en la mayoría de los casos.

5 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE, 9 de julio de 2005, nº163, pp. 24458-461.

6 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE, 29 de diciembre de 2004, nº 313.

### 3.4. La proximidad geográfica entre los domicilios de los progenitores

Existen varias modalidades de custodia compartida, pero en la mayoría de los casos, el ejercicio de la custodia compartida exige tener dos domicilios en una misma localidad. En relación con la posibilidad de que los hijos residan en un único domicilio y los padres alternen su estancia en períodos semanales, quincenales o mensuales. Esta posibilidad parece acertada cuando se cumplen dos condiciones: durante una primera fase de la ruptura familiar y cuando el nivel de conflicto no es muy alto. Sin embargo, resulta inviable en el medio o largo plazo, especialmente una vez que aparecen nuevos miembros en el proceso de reconstitución de las familias.

Por otra parte, compartir un mismo espacio con diferentes estilos de vida, se convierte en una fuente de conflicto, prolongándose el dolor que toda fase de divorcio conlleva. Técnicamente se suele desaconsejar, salvo supuestos en los cuales existan factores socioeconómicos que limitan el acceso a otra vivienda por parte de los progenitores. Partimos así de la premisa de que la custodia compartida exige dos viviendas próximas entre sí, ya que, en caso de no ser así, cuando uno de los progenitores carece de ella, o no tiene unas condiciones adecuadas, la custodia compartida resulta inviable (Pinto, 2015).

Respecto a la distancia física que debe haber entre ambos domicilios, lo que realmente importa respecto a la ubicación de los domicilios, es su impacto en la estabilidad del menor (Pinto, 2015; Viñas, 2012; Ramírez- González, 2017). Un impacto negativo puede influir en el rendimiento escolar del menor, o en la organización de sus rutinas, alterando la organización y dinámica diaria del menor (Pinto, 2015).

Podría también influir negativamente en las relaciones del menor con sus compañeros. En estos casos no se trata tanto de su impacto en el colegio, cuanto en la necesaria relación social fuera del mismo, en su círculo más próximo de relación social.

La legislación se refiere al término "arraigo social y familiar".

### 3.5. Arraigo familiar, escolar y social

El concepto arraigo social es utilizado ampliamente en la disciplina del derecho y también en las ciencias sociales. En el contexto jurídico el término "arraigo social" ha sido empleado en el ámbito de extranjería<sup>7</sup> y también en el contexto penal<sup>8</sup>.

Para la valoración del arraigo social retomamos desde las ciencias sociales, el término capital social, noción que guarda una estrecha relación con el concepto arraigo social y que se refiere a los lazos del individuo con su contexto social más próximo. La importancia de las relaciones familiares como capital social ha sido subrayado por diferentes autores: Coleman (1988), Furstenberg y Hughes (1995).

Putnam (2000) propone una definición de capital social vínculo (*Bonding social capital*) y el capital social puente o conectivo (*Bridging social capital*). El capital social vínculo está formado por los lazos fuertes o relaciones de confianza, que comprende a la familia, amigos y vecindario, por el cual se refuerzan los lazos entre grupos homogéneos a partir de identidades excluyentes. Los lazos y los mecanismos de solidaridad son fuertes para los que comparten las características del grupo de referencia, pero, a la vez, muy excluyentes para los ajenos a la misma.

El capital social puente (*Bridging social capital*) es una alternativa al capital social vínculo. Mientras que el capital social vínculo se basa en las relaciones de individuos o grupos similares dentro del mismo grupo social, el capital social puente se refiere a las distintas conexiones entre grupos y comunidades diferentes. El capital social conectivo está formado por vínculos débiles o puntuales donde se recogen las relaciones entre grupos disímiles, o servicios formales (Burt, 2004).

7 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

8 Art. 502 y 503 de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En un contexto de divorcio, el sistema de conexiones afectivas con el entorno social y en las relaciones nuevas que se establecen entre los menores con sus familias de origen y con sus familias reconstituidas, así como las relaciones con sus iguales forman este capital social. Esta nueva red de relaciones sociales supone un desafío, a veces en forma de amenaza, a veces en forma de oportunidad, para el desarrollo de la autonomía personal del menor.

Respecto a la valoración de este factor por el experto, se presume así que el menor en custodia compartida debería continuar estudiando en el mismo colegio o instituto, debería conservar sus amistades o realizar las mismas actividades de ocio que solía hacer antes de la ruptura. Se pretende, en definitiva, mantener el referente estabilizador del entorno habitual del menor: Si este entorno habitual no se mantiene mínimamente, procedería la denegación de custodia compartida (Pinto, 2015).

Por otra parte, en aquellos casos en los que la ruptura familiar ya se hubiera producido, se plantease, además, una modificación de la custodia y existiese familia reconstituida, habría que observar el modo cómo estos cambios han sido asimilados por los hijos. El papel ejercido por miembros de la familia reconstituida puede contribuir de un modo notable incrementando o disminuyendo el conflicto familiar (Rivas, 2008).

### **3.6. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores**

Nos estamos refiriendo, en definitiva, a la valoración de la disponibilidad de los padres para mantener el contacto, el trato físico y directo con los hijos en el periodo alterno correspondiente. No resulta aconsejable cuando el ejercicio profesional obliga a realizar viajes y desplazamientos de modo continuado, o bien el horario laboral resulte muy difícil su disponibilidad. En estos casos es preciso determinar un espacio de relación con los hijos adaptado al estilo de vida particular de los progenitores, en el que no se relegue a los menores o se les

exija un esfuerzo de readaptación que desde el punto de vista del profesional no estaría técnicamente justificado.

La cuestión que se plantea es: ¿hasta qué punto es incompatible o no una actividad laboral con el ejercicio de la custodia compartida? Existen profesiones que exigen dedicación exclusiva durante unos días seguidos de varios días de descanso. Por otra parte, existe el apoyo de la familia extensa, especialmente los abuelos y miembros de las familias reconstituidas, en concreto las nuevas parejas de los progenitores, cuyo papel de atención en el cuidado de los menores puede ser muy relevante. Su presencia en la vida cotidiana de los menores no necesariamente comporta una dejación de la función parental.

La creciente importancia del papel ejercido por los abuelos y abuelas y de las familias reconstituidas (Meil y Rogero- García, 2014), Treviño y Gumà (2013) ha sido señalada desde las ciencias sociales en la configuración de las nuevas formas familiares, así como en el desempeño de nuevos roles, especialmente en el ámbito de la atención y cuidado de los menores.

De este modo, el profesional evaluador de la custodia puede tener en cuenta ambos factores para responder a la cuestión planteada: ¿hasta qué punto resulta factible un modelo de custodia compartida con una determinada disponibilidad laboral, pero contando (o sin contar) con su red de apoyo?

### **3.7. La dedicación previa de los progenitores a la atención de los hijos desde su nacimiento**

La dedicación pasada a la atención de los hijos, como criterio de la continuidad del sistema de relaciones paterno y materno filiales es un factor muy valorado por los tribunales de familia, ya que significa el mantenimiento del orden familiar anterior a la ruptura de la familia. Es posible que ambos progenitores muestren capacidades parentales, pero aquel que hubiese desempeñado el rol de cuidador principal se le presenta con frecuencia como el

más idóneo para el cuidado y atención del menor (Pinto, 2015; Viñas, 2012; Ramírez-González, 2017).

Es muy importante que el nivel de dedicación al cuidado y atención de los hijos haya sido una función compartida antes de la ruptura. Una segregación de roles al estilo de familia tradicional en el que el hombre se ocupaba de proveer recursos y la mujer al cuidado y atención de la casa y de los hijos, dificulta la atribución de la custodia compartida, ya que se supone que la custodia seguirá ejerciéndola aquella persona que habitualmente la ha realizado antes, dando continuidad al orden familiar seguido. Consecuentemente, la existencia previa de una situación de paridad entre los cónyuges a nivel de dedicación al cuidado y atención de los hijos es condición necesaria para la atribución de la custodia compartida (Pinto, 2015).

Sin embargo, aunque el criterio de dedicación pasada a la atención de los hijos e hijas es especialmente importante para los tribunales de familia, su excesivo peso en las evaluaciones de custodia ha conllevado cierta polémica. En primer lugar, porque el hecho de que se haya seguido un determinado orden familiar no quiere decir que no pueda haber uno alternativo mejor. Por otra parte, es frecuente que precisamente el orden familiar existente haya sido fuente de conflicto familiar y lo que se pretenda sea cambiarlo por otro alternativo.

En este sentido es preciso tener en cuenta la variación radical de circunstancias y condiciones que llevaron a la aceptación de tales roles o funciones por parte de los miembros de la pareja. Para el técnico evaluador de la custodia, el examen de la unidad familiar le proporcionará datos para saber si la nueva organización que se propone resulta beneficiosa para los menores y no supone una perturbación a su estabilidad.

### 3.8. La edad de los menores

Históricamente el criterio edad de los menores ha sido fundamental en la atribución de la custodia para los tribunales de familia. La doctrina de los "tender years"

o preferencia de las madres para el cuidado de los hijos de menor edad ha sido el denominador común hasta que se han producido los cambios legislativos y culturales que han ido cambiando la estructura y dinámica de las familias (Ruiz- Callado y Alcázar, 2017).

Con esta doctrina, se resaltaba el papel de la madre como irremplazable en los primeros años de vida y se considera al padre como una figura secundaria y superflua, defendiendo la necesidad de establecer una edad mínima, como límite, para otorgar la custodia compartida. Ciertamente aquella óptica ha estado vigente en la legislación española, con diversas modalidades, hasta 1990, y no deja de seguirse en la actualidad. Sin embargo, su importancia ya ha dejado de ser la misma.

Entre los diferentes autores consultados existe un nivel de consenso amplio en torno a la premisa de que cuanto mayor sea el menor, más amplia debe ser la frecuencia de contacto con el progenitor no custodio. Sobre este aspecto cabe preguntarse entonces: ¿cuál es el límite de edad? La legislación marca el límite concreto: mientras dura el período de lactancia. Sin embargo, este criterio resulta también impreciso, porque no existe una duración concreta. (Pinto, 2015; Viñas, 2012; Ramírez- González, 2017).

En la práctica, la clave fundamental parece ser el momento evolutivo en el que el menor alcanza la edad suficiente como para tener una madurez espacio-temporal suficiente para que el sistema de alternancia entre los domicilios resultase previsible. Este límite se encontraría en torno a los cinco años.

En niños menores esta edad se sugiere mejor empezar con visitas frecuentes con un contacto diario e ir incrementándolo poco a poco durante uno o dos años, ofreciendo este periodo como "de tránsito" progresivo hacia un modelo de custodia compartida

### 3.9. La opinión y voluntad de los menores

Los menores deben ser oídos en el tribunal y, por supuesto, sus deseos son tenidos en

cuenta por el mismo. Así queda establecido en el artículo 92 del Código Civil.

Sin embargo, para que la opinión del menor sea tenida en cuenta por el tribunal es preciso que se cumplan una serie de condiciones: debe tener madurez suficiente y que su opinión esté libre de presiones externas. Un aspecto importante a ponderar por el trabajador/a social es la posible existencia de presiones o influencias externas, falta de consistencia o justificación de los deseos expresados por el menor.

Todos los menores están condicionados en un grado u otro por el conflicto familiar y están influidos por la información que reciben del mismo. No obstante, no todos los grados de "mediatización" en el conflicto son iguales. Los equipos técnicos disponen herramientas para saber discriminar cuándo un niño expresa libremente su opinión y no viene condicionado por temor a uno de sus progenitores, o se encuentra en medio de un conflicto de lealtades.

Sobre este extremo, desde el área social evitaremos referirnos al término "síndrome de alienación parental", debido a que no goza del reconocimiento científico como síndrome, ni cuenta su uso con el consenso generalizado de los expertos, ni tampoco de los tribunales. De hecho, algunos autores proponen cambios en la terminología (Castells, 2008). Sin embargo, no considerarlo como síndrome, no significa que no exista un grado de "mediatización" o contaminación del menor en el conflicto parental que puede llegar a ser muy negativa para el desarrollo de su personalidad, como señalan muchos expertos (Aguilar, 2007).

#### 4. INSTRUMENTO DE EVALUACIÓN SOCIAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Para introducir objetividad en la evaluación de la custodia compartida, se aporta en esta investigación una síntesis de los criterios sociales en forma de escala evaluadora que,

a modo de protocolo, puede guiar al profesional del trabajo social en la elaboración del diagnóstico social, parte esencial del informe pericial (Simón Gil, 2009; Gómez-Gómez y Soto, 2015).

El instrumento de recogida de información ha sido la escala de evaluación de la custodia compartida en el contexto judicial elaborada por la Universidad de Alicante (Alcázar, 2014) y actualizada en el presente año 2018. La selección de ítems del instrumento partió de una revisión bibliográfica exhaustiva acerca de los principales factores que afectan a los criterios de atribución de la custodia compartida (Simón Gil, 2009; Pinto, 2015; Conde-Pumpido, 2011; Guilarte, 2010; Viñas, 2012 y Ramírez-González, 2017).

Los indicadores se evaluaron como favorables, desfavorables (Tabla 1), e indicadores de riesgo (Tabla 2). El formato de respuesta a los ítems se adaptó a una escala de tres dimensiones para la evaluación de los indicadores favorables o desfavorables. Se optó por este formato porque la construcción de una escala tipo Likert, con cinco alternativas de respuesta, suponía incrementar las dificultades de medición de cada variable a riesgo de hacerla inviable de acuerdo a los medios disponibles. La alternativa de utilización de tres dimensiones resulta mucho más práctica en su aplicación al poder evaluar si en una determinada condición se cumple completamente (puntuación 2), se cumple parcialmente en alguna de sus características (puntuación 1), o no se cumple (puntuación 0) (Arruabarrena et al., 1994).

Los indicadores de riesgo no precisaban de una escala de tres dimensiones, ya que su existencia o no, en forma dicotómica, resultaba suficiente para su evaluación. Los factores de exclusión de custodia compartida que aquí se exponen están definidos a partir de la existencia de indicadores de desprotección infantil y por la presencia de indicadores de evaluación de custodia compartida desfavorables en un grado extremo. Estos indicadores se muestran en Tabla 2.

TABLA 1. Tabla de valoración de la custodia compartida

	DIMENSIÓN	INDICADORES	Puntuación		
			0	1	2
1	Capacidad parental	Habilidades parentales, si se han cuestionado			
		Evolución tratamiento facultativo si lo hubiere			
		Existencia de redes de apoyo familiar y social, si se precisan			
2	Relación entre progenitores: nivel de conflicto	Predisposición para el diálogo. Existencia de algún tipo de comunicación por mail, whatsapp, u otro			
		Respeto mutuo: aceptación capacidades en el otro o descalificación sistemática			
		Cooperación en asuntos de los hijos			
		Fomento u obstaculización de la presencia			
		Judicialización de sus problemas			
3	Modelo educativo común	Respeto o no a decisiones de Patria Potestad			
		Pautas o estilos educativos complementarios o antitéticos			
4	Proximidad geográfica	Domicilios en la misma localidad			
		Domicilios con distancia incompatible o no con rutinas del menor			
5	Arraigo familiar, escolar y social	Relaciones del menor con familia extensa: abuelos			
		Relaciones del menor con sus iguales: amistades			
		Relaciones del menor con familias reconstituidas			
6	Posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral	Compatibilidad de horarios de los progenitores			
		Apoyo familiar o social			
7	La dedicación pasada a la atención de los hijos	Cuidador principal durante la convivencia			
		La nueva organización familiar mejora o empeora la organización anterior			
8	Edad de los menores	Período de lactancia			
		Sistema de alternancia previsible (5 años)			
9	Voluntad de los menores	Madurez suficiente			
		Grado de mediatización por el conflicto			
		Adecuación a sus necesidades			
	Otras				

Fuente: elaboración propia a partir del estudio de los factores a evaluación de la custodia compartida

## 4. CONCLUSIONES

En este texto se expone el resultado de la investigación en la que se han recopilado todos los factores que el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la literatura científica consultada emplean en la definición del término abstracto "custodia compartida". Una vez conocidos estos factores, se ha construido una tabla de indicadores (Tablas 1 y 2), que pueden servir como instrumento guía para la elaboración de un diagnóstico social,

requisito esencial en todo informe pericial (Ruiz- Rodríguez, 2013; Simón Gil, 2009).

Este protocolo de recogida de información para la elaboración de un diagnóstico social en casos de custodia disputada está siendo utilizado por trabajadores/as sociales en sus valoraciones periciales, profesionales ubicados en diferentes órganos judiciales, que en su mayoría son miembros de la Asociación Española de Trabajo Social Forense<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Página web: <http://trabajosocialforense.com/>

TABLA 2. Indicadores de riesgo en la valoración de la custodia compartida

Nº	INDICADOR	RIESGO	
		SI	NO
1	Progenitor abusivo o negligente		
2	Consumo de drogas. No estar en tratamiento, o tratamiento de desintoxicación y deshabituación inconcluso		
3	Problemas de salud mental. Problemas de salud física (invalidez en grado severo), que afecten a la capacidad parental para atender las necesidades de los hijos		
4	Violencia familiar en cualquiera de sus formas: violencia de género o violencia hacia menores, etc.		
5	Alto conflicto parental		
6	Ausencia de comunicación padres. Críticas frecuentes. Comunicación a través de los hijos.		
7	Estilos educativos divergentes. Cuestionamiento mutuo figuras de autoridad.		
8	Distancia física hogares		
9	Características especiales menores. Problemas emocionales o conducta. Patologías físicas graves		

Fuente: elaboración propia a partir del estudio de los factores a evaluación de la custodia compartida.

Los resultados continúan una línea de investigación ya abierta en anteriores trabajos. Simón (2009) y Gómez y Soto (2015), ofrecieron una guía para la elaboración de los informes periciales forenses en todos los ámbitos de intervención judicial. El instrumento de evaluación propuesto sigue esta misma línea de trabajo y aporta una propuesta de sistematización que contribuye a generar una apropiada conceptualización del término "custodia compartida", evitando la subjetividad e introduciendo mayor rigor en el análisis de los técnicos.

Los resultados de este estudio resultan útiles dentro y fuera de la comunidad científica. Es útil para los propios profesionales involucrados en la evaluación de la custodia disputada, porque pueden tener más datos para conocer la realidad de la práctica judicial, especialmente para los y las trabajadores/as sociales, porque muestra aquellos factores que son relevantes para el tribunal y pueden orientar futuras investigaciones.

La investigación que se presenta es relevante para la disciplina del trabajo social forense, porque muchas de las variables relevantes para el tribunal tienen un contenido social y ayuda a definir su rol profesional diferenciado y complementario con el de otros

profesionales. En este sentido, tal y como subrayan Zamanillo (2009) y Gaitán (2009), se hace necesario abrir nuevas líneas de investigación para construir herramientas que ayuden al profesional a observar la realidad con suficientes garantías científicas.

El instrumento expuesto tiene también limitaciones. Se trata de una recopilación de indicadores clasificados como favorables, desfavorables y de riesgo, pero la clasificación y ordenación de los factores es el paso previo a la medición de cada uno de ellos. Se abre, por tanto, una línea de investigación orientada a la elaboración de cuestionarios y escalas que midan cada uno de estos indicadores, para lo que se requiere investigación social aplicada en la evaluación de la custodia disputada. Por otra parte, no es un instrumento cerrado. Los criterios que se emplean actualmente para la atribución de la custodia disputada dependen de los valores y cambios de la sociedad en relación con la estructura y dinámica familiar, y requieren de una continua actualización.

La evaluación de los factores que definen el constructo "custodia compartida" es una de las áreas de decisión de la resolución judicial. Sin embargo, no es el único tema sobre el que se decide.

El estudio de la situación económico-laboral de la familia es una función que tradicionalmente realiza el trabajador/a social en el ámbito de los Servicios Sociales (Escartín, 1992), (Muñoz et al., 1996). La evaluación de la situación económica de miembros de la familia en el ámbito judicial antes y después al divorcio puede resultar útil en el ámbito judicial de cara a la elaboración de un diagnóstico social sobre el grado de desequilibrio económico o vulnerabilidad social (Ruiz-Rodríguez, 2013). Sin embargo, este extremo queda fuera del ámbito de decisión sobre los que versa este trabajo, centrado en los indicadores sociales y no en los económicos. La elaboración de un diagnóstico social sobre los indicadores socioeconómicos podría alentar futuros estudios.

Finalmente, el instrumento aquí presentado no pretende reemplazar en ningún caso el juicio profesional, pero sí que pretende proveer una estructura que ayude a organizar la información durante el proceso de evaluación, y a favorecer y sistematizar la redacción del informe pericial social o socio-familiar emitido por los trabajadores/as sociales forenses.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, J. M. (2007). *SAP. Síndrome de alienación parental: [hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro]*. Almuzara.
- Alcázar, R. (2014). Diseño de una escala para la evaluación de la custodia compartida en el ámbito judicial. En E. Pastor (Ed). *El Trabajo Social ante la crisis y la educación superior* (pp 271-278). Murcia: Azarbe.
- Arce, R., Fariña, F. y Seijo, D. (2005). Razonamientos judiciales en procesos de separación. *Psicothema*, 17(1), 57-63. Oviedo: Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias.
- Arruabarrena, M. I., De Paúl, J. y Torres, B. (1994). *El maltrato infantil: Detección, notificación, investigación y evaluación*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales.
- Burt, R. (2004). Structural holes and good ideas. *American Journal of Sociology*, 110(2), 349-399.
- Castells, P. (2008). Síndrome de Confusión Filial. En *Psicología de la familia: conocer nos más para convivir mejor*. Grupo Planeta (GBS).
- Coleman, J. S. (1988). Social Capital and Schools. *The Education Digest*, 53 (8), 6.
- Conde-Pumpido, C. (2011). Ley valenciana de custodia compartida. *Revista de treball, economia i societat*, 62, 1-30.
- Díaz, E. y Fernández, P. (2013). Conceptualización del diagnóstico en Trabajo Social: necesidades sociales básicas. *Cuadernos de Trabajo Social*, 26 (2), 431-443.
- Escartín, M. J., Palomar, M. y Suárez, E. (2004). *Introducción al trabajo social: trabajo social con individuos y familias*. Editorial Aguaclara.
- Furstenberg F. y Hughes, M. E. (1995). Social capital and successful development among at-risk youth. *Journal of Marriage and the Family*, 67(4), 809-821.
- Gaitán, L. (2009). El sentido del trabajo social: constantes y variables de una profesión siempre construyéndose. Ponencia presentada en XI Congreso Estatal de Trabajo Social, mayo 6-8, en Zaragoza, España.
- Gardner, R. A. (1982). Joint Custody is not for everyone. Here's how to spot whether it will work for your client. *Family Advocate*, 5(2), 7. American Bar Association.
- Generalitat Valenciana Conselleria de Benestar Social (2007). *El papel del ámbito social en el abordaje de situaciones de desprotección infantil*.
- Gómez-Gómez, F. y Soto, R. (2015). El trabajador social de la Administración de Justicia española en los procesos de rupturas matrimoniales. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 17(2), 197-232.
- Grisso, T. (1990). Evolving guidelines for divorce/custody evaluations. En *Family Court Review*, 28(1), 35-41.

- Guilarte, C. (2010). Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la STS de 8 de octubre de 2009. En *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3(2), 1-21. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Meil, G. y Rogero-García, J. (2014). Abuelas, abuelos y padres varones en el cuidado de la infancia. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 32(1), 49. Recuperado de <http://www.revistas.ucm.es>
- Musitu, G. y García, F. (2001). *Espa29: escala de estilos de socialización parental en la adolescencia: manual*. Tea.
- Novo, M., Quinteiro, I. y Vázquez, M. J. (2013). ¿Cómo motivan los jueces la capacidad de los progenitores en las resoluciones judiciales?. *Anuario de Psicología Jurídica*, 23(1), 47-51 Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos.
- Pinto, C. (2015). La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 8(9), 143-175.
- Putnam, R. (2000). Bowling alone: America's declining social capital. En *Culture and Politics*, pp. 223-234. New York: Palgrave Macmillan.
- Ramírez González, M. (2003). *Cuando los padres se separan: alternativas de custodia para los hijos* [guía práctica][1ª]. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Ramírez-González, M. (2017). *Las custodias infantiles. Una mirada actual*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
- Rivas, A. M. (2008). Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas. *Cuadernos de relaciones laborales*, 26(1), 179-202. Recuperado de <http://www.revistas.ucm.es>
- Ruiz Rodríguez, P. (2013). *El trabajador social forense en los tribunales españoles*. Málaga: Colegio Oficial de Diplomados y Diplomadas en Trabajo Social y AA. SS. de Málaga.
- Ruiz-Callado, R. y Alcázar, R. (2017). Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los juzgados de familia. En D. Berceril y M. Venegas (coords.), *La custodia compartida en España* (pp. 109-124). Madrid: Dykinson.
- Simón Gil, M. (2009). Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. *Cuadernos de derecho judicial*, (2), 175-210.
- Treviño, R. y Gumà J. (2013). De la monoparentalitat a la reconstitució familiar: una anàlisi a partir de fonts transversals". *Revista de Sociologia*, 98(2), 287-309. Recuperado de <http://www.raco.cat>
- Viñas, D. (2012). Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), 9-55. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Zamanillo, T. (2009). Invitación a un trabajo social reflexivo. Ponencia presentada en XI Congreso Estatal de Trabajo Social, mayo 6-8, en Zaragoza, España.