



Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma



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

^a Universidad de Vigo, España

^b Universidad de Santiago de Compostela, España

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 7 de julio de 2016

Aceptado el 11 de noviembre de 2016

On-line el 6 de marzo de 2017

Palabras clave:

Custodia compartida

Corresponsabilidad parental

Justicia terapéutica

Bienestar de los hijos

R E S U M E N

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

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

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

A B S T R A C T

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Custodia compartida o corresponsabilidad parental

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

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

la patria potestad conjunta en muy pocos casos se traduce en la participación habitual del progenitor no custodio en la toma de decisiones importantes y en la posibilidad de participar permanentemente y de forma activa en la vida de sus hijos. Esta realidad obliga a concretar que si bien la custodia compartida no significa necesariamente dividir al 50% los tiempos de estancias y permanencias de los menores con sus progenitores, en ella “ambos progenitores van a responsabilizarse de igual modo de sus hijos, asumiendo implícita o explícitamente que ambos son importantes para ellos” (Fariña, Seijo, Arce y Novo, 2002, p.115). Esta situación conlleva que ambos tengan la oportunidad de participar de forma responsable en el proceso de crianza, así como de cuidarlos de una manera proporcionada, en los tiempos de estancia con ellos, y de representarlos legalmente (Alcazar, 2014; Simón, 2009), a lo que añadimos ofrecerles afecto y todo tipo de apoyo psicoemocional y material que permita mantener y fomentar apegos positivos y seguros con ambos progenitores.

De este modo, para algunos autores (p. ej., Ibáñez, 2004; Ramírez, 2003; Simón, 2009) la custodia compartida hace referencia a situaciones difíciles de concretar en una única categoría; a su entender, la custodia exclusiva, custodia partida y custodia conjunta podrían encajar dentro del concepto general de custodia compartida. En virtud de ello, diferentes legislaciones de carácter internacional y autonómico aluden a la organización de la corresponsabilidad parental. En Europa, como señala Bayata (2013), el término “custodia” tiende a desaparecer, siendo reemplazado por diferentes términos como “responsabilidad parental”. Así, la propia denominación del mentado Anteproyecto de Ley hace referencia al ejercicio de la corresponsabilidad parental. El artículo 9.3 de la CDN señala la obligación de “respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario al interés superior del niño. Este derecho se pone más de manifiesto en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, en los que éstos no están eximidos de sus obligaciones para con los hijos, es decir, de su corresponsabilidad parental, lo que lleva a adoptar determinadas medidas para la protección del menor y de sus derechos, respetando también los derechos que tienen ambos progenitores” (Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio; Ministerio de Justicia, 2014, p. 7).

Sin embargo, lo más importante es que tras la separación de los progenitores los hijos gocen de una coparentalidad positiva. Más allá del tipo de custodia que se establezca, es importante conocer las consecuencias de la separación de los progenitores en los hijos y su relación con el tipo de custodia que mantengan tras la misma.

Evidencias sobre los efectos de la custodia compartida

Los efectos de la separación de pareja en los hijos han sido analizados de manera prolija y continuada, hallándose sistemáticamente un impacto negativo tanto a nivel de salud física y psicológica como escolar y social. Así en numerosos estudios se encuentra que los niños de padres divorciados presentan un riesgo elevado de padecer problemas de salud física, entre los que cabe destacar, la obesidad, el asma, la hipertensión, el cáncer, las enfermedades de tipo coronario y la enfermedad general, crónica y aguda (p. ej., Hemminki y Chen, 2006; Lorenz, Wickrama, Conger y Elder, 2006; Maier y Lachman, 2000; Orgilés, Amorós, Espada y Méndez, 2008; Seijo, Novo, Carracedo y Fariña, 2010; Troxel y Mathews, 2004; Yannakoulia et al., 2008). De igual manera, se han encontrado consecuencias de índole psicoemocional (Ackerman, 1995; Cherlin, Chase-Lansdale y McRae, 1998; Garnefski y Diekstra, 1997; Kalmijn, 2016; Wallerstein y Kelly, 1980). En este sentido, Ellis (2000) informa que el divorcio duplica el riesgo de problemas de ajuste

emocional y también conductuales. En España, Seijo et al. (2010), en un estudio realizado con estudiantes universitarios españoles, hallaron que aquellos cuyos padres se habían separado cuando ellos eran niños padecieron en la infancia y juventud más alteraciones psicoemocionales y recibieron más atención psicológica y psiquiátrica que aquellos cuyos padres vivían juntos. De hecho, “los hijos de padres divorciados acuden a las consultas y servicios de psiquiatría del niño y del adolescente en mayor proporción que los niños de familias no separadas” (Mardomingo, 1994, p. 623). Como señala Amato (2014), los que se separan y sus descendientes experimentan más problemas de salud mental y psicológica. De acuerdo con todo ello, Boone-Holladay (2016) afirma que las consecuencias del divorcio, especialmente para los niños, son graves y en algunos casos permanecen hasta la vida adulta (Amato, 2010; Arce y Fariña, 2007; Hetherington y Kelly, 2005; Novo, Seijo y Souto, 2010).

Aunque la mayoría de los estudios descubren que la separación/divorcio tiene impacto negativo en los hijos, se cuestionan sus resultados y la interpretación de los mismos, especialmente el tamaño del efecto y si la afectación negativa está causada por la separación/divorcio o es consecuencia del proceso; además también se plantea que no siempre es negativa para ellos la ruptura de pareja, pudiendo ser hasta positiva (Haimi y Lerner, 2016). Por tanto, urge matizar que la separación y el divorcio de los progenitores no conlleva indefectiblemente daños en los hijos; por el contrario, cabe la posibilidad de que pueda ser una oportunidad de mejorar sus vidas. En los resultados que se han hallado inciden variables como el enfrentamiento entre los progenitores, antes, durante y después de la separación, y el tiempo que los hijos pasan con ambos progenitores (Troxel y Mathews, 2004). Así, Bauserman (2002) en un metaanálisis, del que nos ocuparemos posteriormente, encontró que no existían diferencias entre los hijos de progenitores separados con custodia compartida y los hijos de progenitores no separados.

Como ya se ha señalado, tras la separación de los progenitores la mayoría de los hijos siguen viviendo más tiempo con la madre que con el padre, aunque cada vez más el tiempo de permanencia con el progenitor varón se va incrementando (Bergström, Fransson, Hjern, Köhler y Wallby, 2014; Vanassche et al., 2015), ya sea con tiempos de estancias intersemanales o custodias compartidas. Este hecho ha permitido investigar y comparar las consecuencias que los diferentes tipos de custodia tienen para los hijos. En general, la custodia compartida muestra ventajas frente a la exclusiva en diferentes ámbitos: psicológico y emocional (Bergström, Fransson, Hjern et al., 2014; Buchanan, Maccoby y Dornbusch, 1996; Campana, Henderson y Stolberg, 2008; Fransson, Turunen, Hjern, Östberg y Bergström, 2015; Lee, 2002; Melli y Brown, 2008; Pearson y Thoennes, 1990; Sodermans, Matthijs y Swicegood, 2013; Spruijt y Duindam, 2010), escolar académico (p. ej., Breivik y Olweus, 2006; Buchanan et al., 1996; Spruijt y Duindam, 2010), en la salud física (p. ej., Fabricius y Luecken, 2007; Melli y Brown, 2008; Nielsen, 2013) y en la relación con ambos progenitores (p. ej., Fabricius, Braver, Diaz y Velez, 2010; Felson, Savolainen, Bjarnason, Anderson y Zohra, 2011; Sodermans et al., 2013; Sodermans et al., 2015; Spruijt y Duindam, 2010). En este sentido, Donohue, Beitz y Tolle (2009) no dudan en afirmar que la investigación demuestra empíricamente que, tras el divorcio, lo mejor para los hijos es la custodia compartida y el contacto sustancial con el padre no custodio. Además, existen también evidencias de que la custodia compartida es beneficiosa para los progenitores. Concretamente, Bauserman (2012) en un estudio metaanalítico constata, entre otras cuestiones, que los progenitores con custodia compartida, en comparación con los que tienen custodia exclusiva, presentan mayor satisfacción con la relación que mantienen con sus hijos, tienen menos conflicto interparental y litigan menos; los padres se encuentran más satisfechos con el tipo de custodia, las madres experimentan menos estrés y sobrecarga

por las labores de crianza y ambos informan que la relación genera más sentimientos positivos y apoyo emocional.

Por el contrario, son pocos los autores que se muestran frontalmente opuestos a la custodia compartida. En ese sentido, se suele citar el estudio de McIntosh, Burns, Dowd y Gridley (2009) como argumento en contra de la custodia compartida, a pesar de que sus resultados deben ser considerados con mucha cautela: utilizó 69 familias con custodia compartida, de las que en sólo 16 casos los progenitores la habían elegido voluntariamente; la mayoría de las restantes familias se encontraban fuertemente enfrentadas y los propios investigadores consideraron que la ansiedad elevada encontrada en los niños pequeños estaba más relacionada con un grave conflicto entre los progenitores, el bajo nivel de formación de éstos y la falta de habilidades parentales de la madre que con la custodia compartida (Nielsen, 2011).

Otros autores han informado que vivir en dos casas incrementa los niveles de estrés debido a los cambios frecuentes y a la configuración familiar más compleja (Jensen y McKee, 2003; Rothberg, 1983; Wade y Smart, 2003). Por su parte, Carlsund, Eriksson y Sellström (2013), en un estudio realizado en Suecia, hallaron que la custodia compartida conlleva más riesgo para la salud y el bienestar de los hijos. Igualmente, se ha motivado que el hecho de tener dos lugares diferentes para vivir interfiere en la relación entre iguales y en el apoyo social recibido (Cavanagh y Huston, 2008; King, 2002; Moxnes, 2003). Paradójicamente, Prazen, Wolfinger, Cahill y Kowaleski-Jones (2011) encontraron que la custodia compartida no pone en peligro las amistades vecinales de los niños; muy al contrario, hijos y progenitores suelen estar satisfechos en este sentido. Por su parte, McMillan, Mclsaac y Janssen (2016) empleando los datos de Canadá del período 2009-2010, en el estudio *Health Behaviour in School-aged Children Survey (HBSC)*, tampoco pudieron demostrar la hipótesis de que la custodia compartida contribuya a la disminución de la actividad física y el deporte practicado por los niños. También se advierte del mayor riesgo de esta modalidad de custodia para los menores, específicamente cuando existe un grave conflicto (p. ej., Johnston, 1995; Johnston, Kline y Tschann, 1989; Kelly, 2007; Vanassche, Sodermans, Matthijs y Swicegood, 2013).

Con objeto de establecer qué tipo de custodia es la más beneficiosa para los hijos, Bauserman (2002) realizó un metaanálisis comparando los efectos de la custodia compartida tanto legal como física y la custodia exclusiva materna en el grado de adaptación de los hijos, incluyendo comparaciones con la custodia paterna y familias intactas cuando era factible. En su revisión utilizó 33 estudios, de los que 11 estaban publicados y 22 sin publicar (de estos últimos, 21 eran tesis doctorales). Los participantes de los estudios habían sido madres, padres, niños, profesores y médicos pero, con independencia de la muestra, los resultados le permitieron concluir que los hijos que tenían custodia compartida, tanto física como legal, estaban mejor adaptados que aquellos con custodia exclusiva y no de forma diferente a aquellos cuyos progenitores vivían juntos. Específicamente, quienes vivían con ambos progenitores, en contraposición a los que estaban bajo custodia exclusiva, presentaban un ajuste general más positivo en las relaciones familiares, en autoestima, en adaptación emocional y conductual y en el ámbito académico. Se debe resaltar que los progenitores con custodia compartida informaban de menos conflicto en el pasado y en el presente que aquellos con custodia en exclusiva. Bauserman (2002) concluyó que “la investigación disponible es consistente con la hipótesis de que la custodia compartida puede ser beneficiosa para los niños y no presenta ninguna desventaja clara con respecto a la custodia exclusiva” (Bauserman, 2002, p. 99).

Con posterioridad, Nielsen (2011) llevó a cabo un estudio sobre las consecuencias de la custodia compartida y la custodia materna, con las publicaciones encontradas en el *Social Science Index*, con el criterio de búsqueda para la selección de los trabajos que se especi-

ficara, además del tipo de custodia, el tiempo que los hijos pasaban con cada progenitor. De este modo, tomó como custodia compartida o parentalidad compartida que los menores pasaran al menos el 35% con cada progenitor y en la categoría custodia materna que vivieran casi exclusivamente con su madre y pasaran períodos de tiempo variables con su padre. Igualmente, para ser seleccionada la investigación se debía responder a alguna de las siguientes cuatro preguntas: ¿presentan los progenitores con custodia compartida características diferentes (p. ej., más recursos económicos, más cooperativos)?, ¿tiene ventajas para los niños la custodia compartida en comparación con la custodia materna?, ¿qué opinan los adolescentes y los jóvenes que han tenido custodia compartida y custodia materna sobre las condiciones de vida que escogieron sus progenitores para ellos y cuál de estos dos planes defendió realmente su mejor interés? y ¿cómo es la calidad de la relación padre-hijo en la custodia compartida en comparación con la custodia materna? Asimismo, se excluyeron los trabajos centrados en familias con grave conflicto tras la separación, que Coates, Deutsch, Starnes, Sullivan y Sydlik (2004) estiman entre el 8% y el 12% de los casos, lo que supone un bajo porcentaje. Los estudios que cumplían todas las exigencias establecidas por Nielsen (2011) fueron veinte. Tras el análisis de los mismos, la autora concluyó que la mayoría de los hijos con custodia compartida tienen una situación tan buena o mejor que aquellos con custodia materna, especialmente en cuanto a los vínculos y la calidad de las relaciones con sus padres. Igualmente, obtuvo que para que los hijos se beneficien de la custodia compartida los progenitores no tienen que ser necesariamente ricos, bien educados, especialmente cooperativos, sin conflicto, ni estar motivados por compartir la custodia en beneficio de sus hijos. De esta forma matiza los planteamientos y limitaciones que otros autores sostienen en relación a que los progenitores con custodia compartida presentan niveles más altos de formación y de recursos económicos (p. ej., Bauserman, 2002; Cancian y Meyer, 1998; Fox y Kelly, 1995; Shiller, 1986; McIntosh et al., 2009). También estableció que los jóvenes que se beneficiaron de la custodia compartida, en contraposición a los que vivían con sus madres, consideraban que era por su mejor interés.

Recientemente, Fransson et al. (2015), en un estudio con menores de 10 a 18 años, 391 con custodia compartida, 654 con custodia exclusiva y 3.639 de familias intactas, hallaron que la afectación psicoemocional era menor en los adolescentes que tenían custodia compartida en comparación con los que tenían custodia exclusiva. Estas diferencias no se explicaban por factores socioeconómicos o por la mala salud de los progenitores. Los resultados de la investigación les llevó a concluir que “la custodia física conjunta podría contrarrestar los posibles efectos negativos de la separación de los padres” (Fransson et al., 2015, p. 183). Por su parte, el estudio de Hagquist (2016), en el que también se incluían familias intactas, encontró que el tipo de relación filio-parental se asocia en mayor medida con problemas psicósomáticos en los hijos que el tipo de custodia. Según Kelly (2007), el hecho de que los padres con pernoctas semanales participen activamente en la vida de sus hijos, realizando actividades relacionadas con la escuela y el ocio, conlleva numerosos beneficios para ellos, entre los que destaca el ajuste psicológico y conductual, así como el rendimiento académico.

De esta manera, la custodia compartida supone, en general, ventajas para todos los miembros de la familia, especialmente para los hijos. No siempre es factible tras la ruptura de pareja de los progenitores esta modalidad de organización familiar (Fariña, Arce, Vázquez, Novo y Seijo, 2013), debido en la mayoría de los casos a que se adopta un enfoque equivocado y se gestiona mal la ruptura. La justicia terapéutica supone una nueva visión en el abordaje y superación de estos procesos de una manera amigable y cooperativa, posibilitando la coparentalidad postseparación.

El paradigma de la justicia terapéutica

El origen de la *therapeutic jurisprudence* (TJ) (traducido como justicia terapéutica) se establece en 1987, en un trabajo de David Wexler para el National Institute of Mental Health de los Estados Unidos, aunque oficialmente el concepto se instituye en 1996, con la publicación de *The development of Therapeutic Jurisprudence* de David Wexler y Bruce Winick (1996). La TJ fue etiquetada como una orientación importante dentro del movimiento denominado *Comprehensive Law*, surgido por la crisis del sistema de justicia de corte punitivo. En este sentido, Daicoff (2006) afirmaba que era uno de los pilares de un movimiento humanista, integrador y de intervención psicológica del manejo de la ley. Sin embargo, actualmente la TJ es más que un movimiento: es un nuevo paradigma. Como señala Stobbs (2013) “existen indicios razonables para respaldar las afirmaciones de que la justicia terapéutica puede constituir un paradigma de Kuhn, en cualquiera de las tres categorías ontológicas” (p. 281).

Este paradigma se centra en el estudio del papel que desempeña la ley y la aplicación de la misma en el proceso legal como agente terapéutico, particularmente en cómo incide el sistema legal en el bienestar psicoemocional de las personas (Wexler, 1992). Su propósito es buscar y proponer normas y procedimientos legales, así como comportamientos de los agentes jurídicos, que puedan resultar positivas para la vida emocional y el bienestar psicológico de los usuarios del sistema legal, es decir, que resulten terapéuticos, y erradicar todo aquello que pudiera ser potencialmente antiterapéutico en cualquier procedimiento legal. Además, la TJ busca no sólo resolver los casos judiciales sino también la causa que los motiva. En consecuencia, insta a que se apliquen las herramientas de las ciencias de la conducta a la ley, para lograr cambios palmarios que resulten positivos, a promover el bienestar de todas las personas que intervienen en un tribunal y a crear sistemas de justicia más relevantes y efectivos para las personas insertas en él y para la ciudadanía en general. Para lograrlo incorpora al sistema legal conocimientos y hallazgos de la psicología, la criminología y trabajo social (Kaiser y Holtfreter, 2015). Sus principios importantes son: (1) la intervención judicial continua, (2) el estrecho seguimiento de la conducta y respuesta inmediata a la misma, (3) la integración de los servicios de tratamiento con el procesamiento de los casos judiciales, (4) la participación multidisciplinar y (5) la colaboración con organizaciones comunitarias y gubernamentales (Winick y Wexler, 2003).

En el derecho de familia la aplicación de la justicia terapéutica se muestra particularmente relevante (Babb, 1997; Wexler, 2015). Así, en procesos de separación de pareja los tribunales se tienen que centrar en proteger a las familias y a los niños de las consecuencias negativas de la ruptura conyugal, en el presente y en el futuro, y reducir la confusión emocional, para preservar o promover la armonía familiar (Town, 1994). Además, deben buscar facilitar relaciones familiares más positivas y el fortalecimiento de un funcionamiento normalizado de la familia (Babb, 1997), intentando que su intervención incida de un modo positivo e incluso mejore la vida de quienes participen en el proceso (Babb, 2014). Igualmente, requiere de todos los agentes jurídicos una intervención sensible al estado psicoemocional en el que se encuentran los progenitores, para que el proceso sea lo más terapéutico posible para ellos y para sus hijos. En definitiva, la TJ facilita las separaciones colaborativas y amistosas que permiten proteger y potenciar el bienestar de todos y mantener relaciones de coparentalidad positiva. Así, promueve el derecho colaborativo, la mediación familiar, los programas de apoyo a las familias que viven la ruptura de pareja, como el de “ruptura de pareja no de familia” (Fariña, Arce, Novo y Seijo, 2012; Fariña, Novo, Arce y Seijo, 2002), y la coordinación de la parentalidad, prácticas que en países como Estados Unidos y Canadá ya se encuentran ampliamente instauradas, e incluso en

procesos de evaluación de custodias orientados desde la TJ (p. ej. Fariña et al., 2002a,b; Lund, 2015), en los que la valoración de la capacidad para ejercer la parentalidad positiva es indispensable, tal y como establecen las guías internacionales (Arce, Fariña, Seijo y Novo, 2015).

Conclusiones

Como ya se ha señalado, las consecuencias de la separación de pareja pueden afectar a todas las áreas significativas de la vida de los hijos y de los progenitores, especialmente cuando la gestión de la misma se realiza de manera contenciosa y el conflicto destructivo permanece instaurado en la vida de esa familia, con independencia de que se haya establecido una custodia compartida o exclusiva (Fariña, Arce y Seijo, 2015). Pero también puede ser que no tenga ningún tipo de consecuencia nociva e incluso, como señalan Haimi y Lerner (2016), que pueda resultar positiva.

La custodia compartida parece mostrarse como la modalidad más adecuada para el bienestar de los hijos y el único modelo posible para defender el principio de igualdad entre hombres y mujeres, aunque no siempre es aconsejable ni factible. En procesos de separación y divorcio siempre es necesario adaptarse a las necesidades y posibilidades que cada familia presenta, centrándose en definir la forma de relacionarse y comunicarse de los hijos con los progenitores, en términos del ejercicio de la parentalidad y de la coparentalidad positivas, más que en términos de tipo de custodia. Lo fundamental, como establece la CDN, en el mejor interés de los menores implicados, es preservarles la familia, objetivo en el que deberían aunar esfuerzos todos los profesionales involucrados, no desde una perspectiva tradicional-conservadora, que entiende la pareja como indisoluble, sino desde el principio de la obligación de los progenitores a mantener una coparentalidad positiva, con independencia del estado de su relación sentimental (Fariña, Tortosa y Arce, 2005). Para ello la TJ se presenta como una oportunidad para modificar las normas legales, los procedimientos judiciales y el *modus operandi* de los profesionales que intervengan en el caso, con objeto de facilitar la gestión de la separación de la pareja de una manera más amigable y constructiva (Fariña, Seijo, Novo y Arce, 2014). En definitiva, que facilite el ejercicio de la corresponsabilidad parental tras la ruptura de pareja, en la que ambos progenitores mantengan el compromiso constante de cuidar, educar, orientar y apoyar a sus hijos e hijas, satisfaciendo plenamente todas sus necesidades materiales, pero especialmente las psicoemocionales.

Para lograr todo lo expuesto y que la separación y el divorcio tenga en los usuarios efectos terapéuticos y no antiterapéuticos, se requiere un cambio de paradigma que humanice los aspectos legales, judiciales y psicológicos del divorcio (Kaslow, 2013), a la vez que los profesionales que intervengan en el proceso, entre ellos los psicólogos jurídicos y forenses, cuenten con formación y experiencia especializada.

Finalmente, cabe señalar como limitación de este trabajo que, al no existir legislación en el ámbito de familia sustentado en el paradigma de TJ, no se puede establecer el impacto real del mismo en los procesos de separación y divorcio.

Conflicto de intereses

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

Financiación

Esta investigación fue financiada por la Consellería de Economía e Industria, Dirección Xeral de Investigación, Desenvolvemento e Innovación (Xunta de Galicia) en los Programas Sectoriais de

- King, V. (2002). Parental divorce and interpersonal trust in adult offspring. *Journal of Marriage and the Family*, 64, 642–656.
- Lamb, M. (2004). *The role of the father*. New York: Wiley.
- Lee, M. (2002). Children's adjustment in maternal and dual residence arrangements. *Journal of Family Issues*, 23, 671–687.
- Lorenz, F. O., Wickrama, K. A., Conger, R. D. y Elder, G. H. (2006). The short-term and decade-long effects of divorce on women's midlife health. *Journal of Health and Social Behavior*, 47, 111–125.
- Lund, M. E. (2015). The place for custody evaluation in family peacemaking. *Family Court Review*, 53, 407–417.
- Maier, H. y Lachman, M. (2000). Consequences of early parental loss and separation for health and well-being in midlife. *International Journal of Behavioral Development*, 24, 183–189.
- Mardomingo, M. J. (1994). Divorcio y separación de los padres. En M. J. Mardomingo (Ed.), *Psiquiatría del niño y del adolescente* (pp. 623–638). Madrid: Díaz de Santos.
- McIntosh, J., Burns, A., Dowd, N. y Gridley, H. (2009). *Parenting after separation*. Melbourne: Australian Psychological Society.
- McMillan, R., McIsaac, M. y Janssen, I. (2016). *Family Structure as a Correlate of Organized Sport Participation among Youth*. <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pone.0147403>
- Melli, M. y Brown, P. (2008). Exploring a new family form: The shared time family. *International Journal of Law, Policy and Family*, 22, 231–269.
- Ministerio de Justicia (2014). *Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio* (aprobado en el Consejo de Ministros, el 24 de julio). Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>
- Moxnes, C. (2003). Children coping with parental divorce. En A. M. Jensen y L. McKee (Eds.), *Children and the changing family. Between transformation and negotiation* (pp. 90–104). London, UK: Routledge.
- Nielsen, L. (2011). *Fathers and daughters: Contemporary research and issues*. New York: Routledge.
- Nielsen, L. (2013). Shared parenting after divorce: A Review of shared residential parenting research. *Journal of Divorce and Remarriage*, 52, 586–609.
- Novo, M., Seijo, D. y Souto, A. (2010). Influencia de la ruptura parental en el estado de salud mental de los hijos. En F. Expósito, M. Herrera, G. Buela y F. Fariña (Coords.), *Psicología Jurídica. Áreas de investigación* (pp. 349–359). Consellería de Presidencia, Administración Pública e Xustiza. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela.
- O'Donohue, W., Beitz, K. y Tolle, L. (2009). Controversies in child custody evaluations. En J. L. Skeem, K. S. Doubles, y S. O. Lilienfeld (Eds.), *Psychological science in the courtroom: Consensus and controversy* (pp. 284–308). New York, NY: The Guilford Press.
- ONU (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño* (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre). Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/1990/12/31/pdfs/A38897-38904.pdf>
- Orgilés, M., Amorós, J. P., Espada, J. P. y Méndez, J. (2008). Trastorno de ansiedad por separación en hijos de padres divorciados. *Psicothema*, 20, 383–388.
- Pearson, J. y Thoennes, N. (1990). Custody after divorce: Demographic and attitudinal patterns. *American Journal of Orthopsychiatry*, 60, 233–324.
- Prazen, A., Wolfinger, N., Cahill, C. y Kowaleski-Jones, L. (2011). Joint physical custody and neighborhood friendships in middle childhood. *Sociological Inquiry*, 81, 247–259.
- Ramírez, M. (2003). *Cuando los padres se separan. Alternativas de custodia para los hijos*. Guía Práctica. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Rothberg, B. (1983). Joint custody: Parental problems and satisfactions. *Family Process*, 22, 43–52.
- Seijo, D., Novo, M., Carracedo, S. y Fariña, F. (2010). Efectos de la ruptura de los progenitores en la salud física y psicoemocional de los hijos. *Revista Galega de Cooperación Científica Iberoamericana*, 19, 16–21.
- Shiller, V. M. (1986). Joint versus maternal custody for families with latency age boys: parent characteristics and child adjustment. *American Journal of Orthopsychiatry*, 56, 486–489.
- Simón, M. (2009). Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2, 175–221.
- Sodermans, A., Botteman, S., Havermans, N. y Mattheijs, K. (2015). Involved fathers, liberated mothers? Joint physical custody and their subjective well-being of divorce. *Social Indicators Research*, 122, 257–277.
- Sodermans, A. K. y Mattheijs, K. (2014). Joint physical custody and adolescents' subjective well-being: A personality × environment interaction. *Journal of Family Psychology*, 28, 346–356.
- Sodermans, A. K., Mattheijs, K. y Swicegoog, G. (2013). Characteristics of joint physical custody families in Flanders. *Demographic Research*, 28, 821–848.
- Spruijt, E. y Duindam, V. (2010). Joint physical custody in the Netherlands and the well being of children. *Journal of Divorce and Remarriage*, 51, 65–82.
- Stobbs, N. (2013). Mainstreaming therapeutic jurisprudence and the adversarial paradigm—incommensurability and the possibility of a shared disciplinary matrix (tesis doctoral). Bond University, Queensland, Australia. Recuperado de <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=theses>
- Tamanza, G., Molgora, S. y Ranieri, S. (2013). Separation and divorce in Italy: Parenthood, children's custody, and family mediation. *Family Court Review*, 51, 557–567.
- Town, M. A. (1994). *The unified family court: therapeutic justice for families and children*. Chicago, IL: Chicago Bar Association Building.
- Tribunal Supremo (2011). *Sentencia 496/2011, de 7 de julio*. Recuperada de <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/79395/sentencia-ts-496-2011-sala-1-de-7-de-julio-guarda-y-custodia-menores-proteccion>
- Tribunal Supremo (2012). *Sentencia 185/2012, de 17 de octubre*. Recuperada de <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/14/pdfs/BOE-A-2012-14060.pdf>
- Troxel, W. M. y Mathews, K. A. (2004). What are the cost of marital conflict and dissolution to children's physical health? *Clinical Child and Family Psychology Review*, 7, 29–57.
- Vanassche, S., Corijn, M., Swicegood, G. y Mattheijs, K. (2015). Repartnering and child-bearing after divorce: differences according to parental status and custodial arrangements. *Population Research and Policy Review*, 34, 761–784.
- Vanassche, S., Sodermans, A., Mattheijs, K. y Swicegood, L. (2013). Commuting between two parental households: The association between joint physical custody and adolescent wellbeing following divorce. *Journal of Family Studies*, 19, 139–158.
- Wade, A. y Smart, C. (2003). As fair as it can be? En A. M. Jensen y L. McKee (Eds.), *Children and the changing family. Between transformation and negotiation* (pp. 105–119). London, UK: Routledge.
- Wall, J. C. y Amadio, C. (1994). An integrated approach to child custody evaluation: utilizing the “best interest” of the child and family systems frameworks. *Journal of Divorce and Remarriage*, 21(3/4), 39–57.
- Wallerstein, J. y Kelly, J. (1980). *Surviving the breakup: How children and parents cope with the divorce*. New York: Basic Books.
- Wexler, D. B. (1992). Putting mental health into mental health law: therapeutic jurisprudence. *Behavioral Science and the Law*, 16, 27–38.
- Wexler, D. B. (2015). Presentación. En F. Fariña y E. Pillado (Coords.), *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica* (pp. 13–14). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Wexler, D. B. y Winick, B. J. (1996). *Law in a therapeutic key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*. Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Winick, B. J. y Wexler, D. B. (2003). Drug treatment court: therapeutic jurisprudence applied. En B. J. Winick y D. B. Wexler (Eds.), *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts* (pp. 105–109). Durham, NC: Carolina Academic Press.
- Yannakoulia, M., Papanikolaou, K., Hatzopoulou, I., Efstathiou, E., Papoutsakis, C. y Dedoussis, G. (2008). Association Between Family Divorce and Children's BMI and Meal Patterns: The GENDAI Study. *Obesity*, 16, 1382–1387.