

LA CUSTODIA COMPARTIDA: PROBLEMAS PENALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PERICIAL PSICOLÓGICA

BLANCA VÁZQUEZ MEZQUITA

Psicóloga Forense del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

RESUMEN

El presente artículo pretende reflexionar sobre el estado de la práctica pericial psicológica en asuntos de familia. El artículo analiza los distintos tipos de periciales y caracteres que definen esta situación y se presta atención a los problemas planteados por los dictámenes periciales en custodias compartidas.

A medida que la intervención de los psicólogos forenses se ha ido consolidando, resulta cada vez más cotidiana la participación del psicólogo forense en procedimientos de familia, especialmente, para ofrecer valoración y asesoramiento sobre el sistema de guardia y custodia más adecuado para los menores implicados.

Palabras clave: Custodia, divorcio, familia, pericial psicológica, separación.

ABSTRACT

The present article tries to think about the condition of the expert psychological practice in family matters. The article analyzes the different types of expert and characters that they define situation is and is paid attention to the problems raised by the expert reports in shared custodies.

As the intervention of the forensic psychologists has been consolidated, there turns out to be increasingly daily the participation of the forensic psychologist in family procedures, specially, to offer valuation and advice on the police officer's system and custody most adapted for the implied minors.

Key words: Custody, divorce, family, expert psychological, separation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. PRINCIPAL CASUÍSTICA DONDE SE SOLICITA LA PERICIAL EN PAREJAS SEPARADAS O DIVORCIADAS CON HIJOS. III. TIPOLOGÍA DE PERICIALES. IV. PROBLEMÁTICA PERICIAL ASOCIADA A LA CUSTODIA COMPARTIDA. V. CARACTERÍSTICAS DE LAS PERICIALES EN MENORES. VI. CARACTERÍSTICAS QUE SE REPITEN EN LAS DENUNCIAS PENALES EN CUSTODIA COMPARTIDA. VII. INTERVENCIÓN PSICOLÓGICA EN CUSTODIAS COMPARTIDAS. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Dentro del ámbito del derecho penal la actuación del psicólogo forense en casos de custodia compartida se encuentra focalizada en aquellos casos en los que por un motivo u otro se realiza alguna denuncia por parte de los ex cónyuges hacia el otro miembro de la expareja.

En este sentido, y por principio, son casos donde el conflicto entre las dos personas ha traspasado los límites de lo civil, donde se sustancian otro tipo de procesos, normalmente anteriores en el tiempo y se ha alcanzado el ámbito penal. Son procesos normalmente complicados donde la dinámica judicial ha enturbiado la propia relación dinámica entre los ex cónyuges.

Cuando un asunto de guarda y custodia compartida llega al psicólogo forense penal, lo frecuente es que ya se hayan pasado varias y sucesivas instancias periciales y/o institucionales: el psicólogo de familia, el de violencia de género, el de los servicios sociales de base, psicólogos de centros de atención a víctimas, etc.

La relación de los justiciables separados o en vías de separación con el peritaje es entonces de una naturaleza muy diferente al que se emprende dentro del contexto civil cuando se encuentran en el inicio del conflicto legal.

La diferencia estriba en que en el caso de que nos encontremos dentro de un proceso penal lo que está en juego es la investigación de un delito y/o falta, y se trata de un tipo de jurisdicción diferente a la civil, con todas las garantías procesales que esto conlleva.

El paso del conflicto o crisis de la pareja a lo penal supone un paso cualitativo importante dentro del contexto Judicial.

El perito en el ámbito penal está preocupado por el hecho de la prueba, y en este caso se encuentra muchas veces asesorando al Juez sobre si un hecho sucedió o no, actuando de intermediario, intermediando entre las partes en conflicto dentro del proceso penal.

Es evidente que nosotros, como psicólogos, no entramos a valorar los hechos del delito como hecho material, ya que el Tribunal es el único que puede juzgar si un delito ha ocurrido o no, y sentenciarlo.

Sin embargo sí se nos pide que valoremos la posible personalidad más o menos predispuesta a la violencia de un agresor, la existencia o no de unos malos tratos

habituales denunciados, la valoración de un abuso o agresión sexual, la credibilidad de un determinado testimonio, la posible simulación o disimulación de unas secuelas psicológicas atribuibles a un posible delito, la existencia de alguna característica determinante que pueda influir en la imputabilidad etc.

Este efecto, que actúa sobre nuestro trabajo y que vamos a denominar efecto de “valoración secundaria de la prueba” lleva de forma inmediata a que nuestros dictámenes van a ser cuestionados y observados de una forma multidimensional, según las distintas perspectivas de los actores dentro del procedimiento penal.

II. PRINCIPAL CASUÍSTICA DONDE SE SOLICITA LA PERICIAL EN PAREJAS SEPARADAS O DIVORCIADAS CON HIJOS MENORES

Aparte de las periciales referidas a violencia de género, donde mayoritariamente las demandas vienen referidas a víctimas o agresores supuestos, dentro del grupo de ex parejas donde no ha existido violencia de género denunciada, son una casuística común las periciales cuando la denuncia versa sobre malos tratos físicos o psíquicos a los menores en el curso de la custodia de éstos, sea durante la custodia habitual o las visitas.

Otro campo de intervención se refiere aquellos casos donde existen denuncias cruzadas entre los ex cónyuges. De forma habitual uno de ellos denuncia al otro por violencia reiterada y el otro denuncia al anterior por incumplimiento de los derechos de visitas, es decir, por impedir, de una forma u otra esos derechos de visita.

En el mismo orden de lo que directa o indirectamente vamos a considerar malos tratos sobre menores, al psicólogo forense le llegan gran cantidad de denuncias sobre agresión sexual infantil, y dentro de este grupo encontramos el subgrupo, nada despreciable, de las denuncias por abuso sexual durante el ejercicio de la custodia o visitas en parejas separadas.

Sea cual sea la solicitud concreta que se haga, cuando el peritado es un menor de edad, la valoración de ésta siempre pasa por la valoración de todo el contexto grupal donde el menor se mueve, desde un paradigma ecológico.

Se parte de la valoración del microsistema que constituye el propio niño hasta la interrelación de este primer microsistema con sistemas más y más amplios de naturaleza social: los hermanos, los padres, la familia, el contexto escolar, el terapéutico, etc., contextos donde se mueve y se desarrolla el menor, ya que en los casos de menores, en mayor medida que en los adultos, los contextos son en muy buena medida responsables de los resultados; no sólo de los delitos que ocurren sobre estos menores sino de la respuesta más o menos adaptativa que el menor sea capaz de dar ante un hecho traumático.

III. TIPOLOGÍA DE PERICIALES

Como en Derecho Penal es la responsabilidad criminal y la valoración del daño corporal lo que debe establecerse por el forense, (incluyéndose dentro del daño corporal el daño o secuela psíquica), nos encontramos que sea cual sea la solicitud concreta que se nos realice, la valoración pericial siempre habrá de pasar por la valoración clínica de la posible psicopatología en los padres o en el menor y /o las secuelas emocionales (daños corporales) derivados de la violencia ejercida sobre el menor.

Igualmente, por la naturaleza del procedimiento penal, en el caso de los menores, como en el caso de mayores de edad, la valoración de la credibilidad del testimonio del menor es solicitada con frecuencia. Pero incluso cuando esta credibilidad no es solicitada directamente, al actuar el perito en causas penales, este tópico se encontrará siempre presente, dada la propia naturaleza del ámbito jurisdiccional donde nos movemos.

Lo anterior significa que en causas penales, y sobre todo en la fase de vista oral, se nos preguntará con mucha frecuencia hasta qué punto consideramos plausibles o creíbles las alegaciones de una determinada víctima.

En el caso de menores, además, debemos contar con una serie de prejuicios o apriorismos en el sentido de la baja credibilidad que un testigo menor de edad ofrece ante los Tribunales de Justicia, credibilidad que se verá disminuida cuanto la acusación sea mayor.

Es obvio, que ante acusaciones de delitos graves, cuando la pena que se puede aplicar es muy importante, los Tribunales tenderán a atribuir menor verosimilitud a la víctima, tanto por el llamado efecto de “atribución defensiva”, cuanto por la situación de responsabilidad personal que un error Judicial podría provocar en esos casos graves.

Esta misma situación de defensividad ocurre en los propios peritos judiciales, psicólogos, psiquiatras, médicos forenses, que de una u otra forma se sienten comprometidos con la prueba y por tanto tenderán a atribuir menor credibilidad a un testigo cuanto mayor sea el delito alegado.

IV. PROBLEMÁTICA PERICIAL ASOCIADA A LA CUSTODIA COMPARTIDA

Dado que en nuestro país la custodia compartida es una situación aún minoritaria, son pocos los casos de periciales penales que nos solicitan hasta ahora en estos casos.

No obstante es importante constatar que estas pocas denuncias ponen de relieve la problemática implícita a la propia institución de la custodia compartida y que es una problemática emergente, debido a los avances legislativos que en determinadas Comunidades Autónomas se están realizando (Aragón y Cataluña) en materia de custodia compartida como primera y principal opción de custodia.

En algunos casos, hemos observado parejas donde la denuncia penal de un ex-cónyuge al otro por malos tratos a los menores en el ejercicio de la guarda y custodia conjunta, constituye un paso previo o paralelo a la solicitud de modificación de medidas o al simple establecimiento judicial de medidas, siendo este caso común en parejas separadas sin regulación judicial y que previamente habían llegado, de forma privada, al acuerdo de ejercer sobre los hijos la custodia de forma conjunta.

Aunque en principio la no judicialización del proceso de separación y el consenso serían las garantías de una guarda conjunta exitosa, en casos donde no existen medidas judiciales, y por lo tanto, de alguna forma coactiva, esta situación de indefinición también propicia una problematización mayor cuando ambas partes no actúan de buena fe.

En estos casos de denuncia penal suele darse un doble proceso: penal y civil. En nuestro ordenamiento jurídico actual no existen además medidas coordinadas en ambas instancias, civiles y penales. Cuando la víctima es un menor, en ocasiones se dictan medidas cautelares de alejamiento en el Juzgado de Instrucción, previas a cualquier otra medida. Esto, aparte de que detiene la convivencia con uno de los padres hasta que el procedimiento se resuelva, con las consecuencias negativas que puede traer de ser los hechos inciertos si los hijos son pequeños, vuelve inviable la exploración conjunta del/os menores con los padres/madres acusados/as. Salvo que el perito solicite previamente la suspensión de la orden de alejamiento al Juez a efectos de poder realizar la prueba pericial.

En esta situación estructural, respecto a la pericial, tendremos entonces que actuar de forma parcial, analizando los contextos hasta donde podamos, pero a veces perdiéndonos el sentido global de la prueba.

Claro que existen casos donde la observación de la interacción padre/madre-hijo/a puede no ser imprescindible e incluso desaconsejable, casos donde la violencia se encuentra absolutamente demostrada, casos donde la edad de los menores, las pruebas de validación externa, el propio testimonio de los niños o la afectación emocional no ofrece duda de esta inconveniencia.

Sin embargo el Derecho Penal es un ámbito que se nutre de pruebas. El perito, como el Juez, se mueve en este procedimiento con pocas herramientas. Como carecemos de procedimientos específicos para víctimas menores la situación de que la víctima sea contemplada como testigo, al margen de sus peculiaridades como víctima infantil pueden prevalecer en el proceso.

Existe una gran contradicción en el hecho de haber creado una Ley de Responsabilidad del Menor con Juzgados de Menores especializados para menores infractores, dejando completamente fuera de toda legislación protectora a los menores víctimas. Lo anterior es una injusticia que tiene un origen ideológico-histórico sin base de realidad. Los Juzgados de menores contemplan a los menores infractores, dejando fuera a las víctimas menores porque se parte del hecho de que los ofensores menores (y sólo ellos) son al parecer las víctimas sociales, que no merecen reproche penal sino ayuda terapéutica.

La contradicción llega tan lejos que actualmente los Equipos que por Ley se crearon en estos Juzgados se ocupan de los infractores menores pero no de las víctimas menores, siendo que los niños, cuando han sido presuntamente víctimas de otros menores pasan a ser peritados por peritos que no pertenecen a los Juzgados de Menores; en el caso de Madrid, por los peritos de la Clínica Médico Forense. Entonces, si unos peritos peritan a un parte y otros a la otra, ¿qué sentido global tiene la prueba pericial?

Dado el vacío legal en cuestión de menores víctimas, y con la experiencia amplia, desde el año 1981, en cuanto al abuso que las parejas en litigio hacen de la vía penal para solucionar sus conflictos personales, cuando por la vía civil no obtienen los resultados pretendidos, nos encontramos abocados a que esta misma situación se repita en el caso de que la situación de custodia compartida prospere y se generalice.

Este hecho se hace patente si consideramos la alta tasa de falsas denuncias o denuncias cuyo testimonio resulta increíble que se emprenden entre parejas separadas, comparadas con población general de abuso sexual infantil, donde las denuncias no provienen de parejas separadas y que hemos estudiado en otro lugar, (Vázquez B. Coord. 2004).

V. CARACTERÍSTICAS DE LAS PERICIALES EN MENORES

Aunque es un mito que el menor sea un testigo menos fiable que uno mayor de edad, y ciertamente un testigo menor se encuentra menos preparado cognitivamente para inventar un testimonio, lo cierto es que los niños son más influenciables que los mayores por las circunstancias exteriores o el contexto.

Los menores tienen de forma genérica una menor previsión realista del futuro y las consecuencias de los hechos, entre ellos, las denuncias penales.

En este sentido existe una mucha mayor posibilidad de manipulación del menor, tanto en sentido positivo como negativo, (es decir distorsionar la realidad para negarla o al contrario tergiversarla) y no tanto en cuanto a la sugerencia o fabricación de un testimonio en sí, basado en el vacío, sino en cuanto a la sugestión respecto a lo que un menor podría considerar delictivo o inadecuado respecto a un mayor.

Igual consideración se deduce respecto a la exacta capacidad para valorar su propia responsabilidad personal en los acontecimientos que siguen a la demanda penal, la posible manipulación culposa por haber sido víctima de un delito, la mayor posibilidad de retractación o negativa a declarar ante las consecuencias negativas o adversas que ha generado la denuncia a nivel familiar etc.

En los casos de menores dependemos en muy buena medida de los padres, cuidadores y tutores para nuestra labor pericial. La actitud del cuidador y a veces del denunciante, se traslada al menor con facilidad, la situación emocional creada por la denuncia impregna al niño, la respuesta emocional de éste oscila, en la medida en que oscila la respuesta del medio social.

Aparte estas variables, que llamaremos del contexto social, para intentar limitarlas, existen otro tipo de variables que como la atribución defensiva ya referida, aparecerán dentro del contexto pericial y que por tanto nos corresponde a nosotros observar y modular.

Sabemos, por la Psicología del testimonio, que la variable que más puede influir en un testimonio, ya sea infantil o adulto, son las preguntas del perito que realiza la entrevista.

Las preguntas sugerentes, coactivas, cerradas, tienden a desvirtuar o a invalidar un testimonio, mucho aún más si esto se da en los menores. Según su edad es más baja los niños más tienden a contestar en el sentido de las preguntas del que pregunta, es decir, los niños, al encontrarse de forma estructural en una posición jerárquica más baja, tienden a ser con más facilidad aquiescentes ante figuras de autoridad.

Otro factor específico que aparece en la pericial es el especial poder que el menor es capaz de asumir en el conflicto de los adultos de una forma impropia y muy negativa para su desarrollo emocional. En los casos en que el conflicto se encuentra judicializado, muchas veces los menores son investidos de un especial poder por los padres, actuando de mediadores. En estos casos, los niños aparecerán mostrando ese poder ante el perito. Menores que presentan una implicación inusual en el conflicto de los padres, emitiendo opiniones y razonamientos que explican como propios y que resultan muy improbables según su edad y capacidad de razonamiento. Esta especial relación con el conflicto de los adultos es destacable y debe ser observada y valorada como una interferencia dentro del contexto pericial.

VI. CARACTERÍSTICAS QUE SE REPITEN EN LAS DENUNCIAS PENALES EN CUSTODIA COMPARTIDA

En las denuncias penales que hemos observado en el ámbito penal varias son las características repetidas que aparecen.

- En primer lugar se ha apreciado una desigualdad de poder en la relación de los adultos ex cónyuges anterior a la disolución de la pareja. Antes de la disolución de facto, y durante un tiempo importante existía una relación disimétrica de poder, con un cónyuge dominante y el otro sometido a las decisiones del anterior en casi todos los órdenes: laboral, doméstico, cultural, sexual. De forma global uno de los excónyuges, de forma unilateral es quien toma todas las decisiones importantes referidas a la familia y el otro las acepta, incluso cuando estas decisiones puedan ser subjetivamente rechazadas por el otro por negativas o denigrantes.

En relación con lo anterior son casos donde existía violencia doméstica antes de la separación de hecho, aunque esta violencia doméstica nunca se habría denunciado y a veces ni siquiera se ha reconocido o se reconoce su existencia. Cuando esta separación se da, se hace de forma estrictamente privada y uno de los cónyuges impone al otro unas condiciones determinadas, entre otras una custodia compartida de los menores.

Aunque esta privacidad, en principio es un elemento positivo ya que la judicialización intercónyuges se desaconseja, lo cierto es que en casos de extrema desigualdad de poder la privacidad de los acuerdos favorece que de nuevo uno de los ex cónyuges imponga, sin intervención alguna del medio social externo, unas determinadas condiciones en la separación, de la misma manera que ya imponía las decisiones en la situación de convivencia anterior. En este caso, según se observa, la situación de aislamiento que ha ayudado a mantener la situación de poder desigual y maltrato no ha variado sustancialmente después de la separación.

Asociado a esto, son casos donde aparecen problemas psicosociales añadidos: adicciones previas a la separación, problemas de salud mental anteriores o sobrevenidos como reacción a la separación, o agravamiento de problemas de salud mental que ya existían antes y que la crisis de la separación ha pronunciado.

En otros casos hemos observado denuncias en casos de custodia conjunta donde sí existían denuncias anteriores por violencia doméstica, denuncias por violencia emocional o violencia que en todo caso no había sido considerada como delito.

El perfil de estas ex parejas suele ser: parejas sin regulación legal post separación, a veces uniones de hecho sin regulación legal tampoco durante la convivencia, con acuerdo verbal entre ellas sobre el reparto de la custodia, frecuentemente con bajo nivel socio cultural, aunque no siempre, que pueden ser inmigrantes y suelen aparecer con un hijo/a único.

VII. INTERVENCIÓN PSICOLÓGICA EN CUSTODIAS COMPARTIDAS

A la vista de que las denuncias penales, en los casos de custodia compartida podrían ser instrumentalizadas, se concluye que esto viene a ocurrir cuando la propia

custodia compartida es una opción que se toma como “instrumento intermedio”, para conseguir la custodia total, o aún peor, privar al otro de todo contacto con el menor, aprovechando los largos periodos en que esta custodia se puede establecer con uno sólo de los ex cónyuges para establecer procesos manipulativos hacia el menor o bien sabotear la posibilidad del ejercicio de esta guarda por el otro.

Hemos hablado de falta de regulación legal en los casos que hemos observado y por tanto no existe ninguna fuente externa de regulación. Por tanto, ¿podría o debería exigirse su tramitación legal siempre? Pienso que en casos de custodia compartida el interés de los menores así lo exige.

Esta exigencia vendría a intentar evitar que se den posibles situaciones de disimetría de poder donde este tipo de custodia pueda instrumentalizarse para obtener después la custodia, previa denuncia penal, o previa manipulación del niño contra la otra parte.

Además, la custodia compartida debe desaconsejarse cuando existan situaciones abusivas previas, declaradas o no judicialmente, y no siempre estas situaciones abusivas han sido denunciadas, cuando el menor haya sido testigo o víctima de malos tratos a cargo de uno de los ex cónyuges y en caso de enfermedad mental grave de uno de los cónyuges.

Igualmente es impracticable y muy negativa en familias muy desestructuradas, donde la custodia conjunta sólo sirve para que nadie ejerza de forma efectiva la custodia del menor: casos donde los padres deciden turnarse de forma aleatoria o según sus necesidades o preferencias laborales y/o sociales el reparto de los tiempos con los niños.

Estos niños, finalmente, pasan de uno a otro domicilio de forma irregular, o deben adaptarse a horarios y situaciones alternantes que en nada les benefician.

La custodia compartida es una situación ideal para los menores porque no pierden el contacto con ninguno de sus dos progenitores pero debe limitarse cuando de eso se derive una falta de seguridad y previsibilidad de las condiciones materiales que se ofrecen en la aplicación práctica de este tipo de custodia.

VIII. CONCLUSIONES

Siguiendo la comunicación personal de Aránzazu Bartolomé Tutor (2011) “Ideas generales sobre la custodia compartida”, (asesora del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid) diremos que en cuanto a la custodia compartida:

“Las características generales para su ejercicio han sido apuntadas por la doctrina jurisprudencial:

- La proximidad de los domicilios de los progenitores, dado que ello facilita la movilidad de los hijos y que la repercusión en el cambio de vivienda es

mínima. Esta necesidad de proximidad se justifica de suerte que quede garantizada la estabilidad del entorno del menor, al mantener puntos de referencia tales como el colegio, ruta escolar, círculo de amistades, pediatra, actividades extra-escolares.

- Cuando existía una situación de hecho anterior a la resolución judicial que venía manteniendo una custodia compartida y la misma ha sido valorada positivamente por el equipo pericial del juzgado.
- Cuando las relaciones entre los progenitores y su forma de enfocar la educación de los hijos es buena, al ser fundamental la capacidad de los padres para mantener un modelo educativo común, de manera que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático, sino imperceptible para los menores.
- La capacidad de los padres para mantener un acuerdo de cooperación activo y corresponsabilidad, a través de la predisposición para el diálogo, junto con la necesidad de valorar la actitud de los padres para respetar los derechos-obligaciones que corresponden al otro.”

Como podemos observar, lo expresado en esta comunicación viene a coincidir con lo expuesto en estas observaciones que nacen de la jurisprudencia y de la práctica de los Tribunales.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BARTOLOMÉ, A. (2011) Ideas generales sobre custodia compartida. Comunicación personal

VÁQUEZ, B. (coord.) (2004). Estudio de una muestra de 100 casos de abuso sexual infantil. Serie Estudios 6, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia. Valencia.