



Psicothema

ISSN: 0214-9915

psicothema@cop.es

Universidad de Oviedo

España

Arce, Ramón; Fariña, Francisca; Seijo, Dolores  
Razonamientos judiciales en procesos de separación  
Psicothema, vol. 17, núm. 1, 2005, pp. 57-63  
Universidad de Oviedo  
Oviedo, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72717109>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## Razonamientos judiciales en procesos de separación

Ramón Arce, Francisca Fariña\* y Dolores Seijo\*\*

Universidad de Santiago de Compostela, \* Universidad de Vigo y \*\* Universidad de Granada

El ordenamiento jurídico español determina que en la guarda y custodia de los menores inmersos en un proceso de separación o divorcio de sus padres debe prevalecer el «mejor interés del menor». Para conocer si se cumple este mandato legal, tomamos 782 sentencias que tenían por objeto establecer la guarda y custodia de menores. Un análisis de contenido sistemático de las sentencias mostró que el 57,3% no estaban motivadas en criterio alguno; los criterios de motivación no siempre eran válidos; los criterios de decisión no eran consistentes intergénero del padre custodio; la custodia al padre se derivaba, en buena medida, de un criterio de exclusión de la madre; no se seguía un proceso de verificación de la decisión; el procesamiento de la información se «orientaba a la tarea» y a «la exclusión de la información» contraria a la decisión alcanzada. Finalmente, se discuten las implicaciones de los resultados para la defensa del mejor interés del menor y el entrenamiento de jueces.

*Judicial reasoning in parental separation and divorce proceedings: content and cognitive analysis of judicial reasoning.* The Spanish legal system states that the «best interest of the child should prevail» in decisions regarding child custody and guardianship in parental separation or divorce proceedings. In order to evaluate if this legal requirement is being enforced, 782 child custody cases were selected for study. Systematic content analysis of court decisions revealed that most, 57.3%, were not motivated on any grounds; the reasoning criteria were not valid; criteria were not consistent for intergender parental custody decision-making; the father's custody was mainly based on criteria of exclusion of the mother; no follow-up of judicial decisions was undertaken to ensure compliance; information processing was task driven and involved information processing strategies «based on the exclusion of information» that was contrary to the final decision. Finally, the implications are discussed in the light of recommendations for safeguarding the best interest of the child, and for judges training.

La toma de decisiones judiciales constituye una de las piezas claves de nuestro sistema social de tal modo que éstas entienden, en última instancia, sobre temáticas tan sensibles socialmente como los delitos penales o los conflictos entre partes. Si bien todas las decisiones judiciales son sumamente trascendentales, aquellas que tienen por objeto a menores no sólo demandan una decisión justa, sino también efectiva para éstos. En este sentido, nuestro ordenamiento legal (v. gr., Ley del Divorcio de 13 de mayo de 1981; Ley 30/81 de 7 de julio de 1981; y Ley 11/90 de 15 de octubre de 1990) establece como objetivo central de la tarea judicial la satisfacción del «mejor interés de los hijos menores», para lo cual el magistrado o juez debe confiar la guarda y custodia a aquel progenitor que más se adapte a las necesidades del o los menores. No obstante, la situación se vuelve circular al no definirse las necesidades del o de los menores con excepción de las económicas a través de la figura de la pensión alimenticia (Art. 90 CC). Aun es más, se espera que el menor resuelva el ajuste entre sus necesidades y las habilidades del padre custodio al dar entrada a la «escucha» de los menores con suficiente juicio o mayores de 12 años

(Art. 92. CC; Art. 9.2 de la LO 1/1996). No obstante, la opinión expresada por el menor no es vinculante para el juez, sino que es un factor entre otros más (Ortega, 2002). Ahora bien, el menor presenta más necesidades que las económicas. Así, la misma Declaración de los Derechos del Niño de la Sociedad de Naciones diferencia entre necesidades psicológicas, sociales y económicas de los menores (Calvo y Fernández, 2000). De este modo, las dos primeras han quedado al margen de la legislación. Desde este marco jurídico, un estudio de 1.000 sentencias de todo el territorio nacional llevado a cabo por Fariña, Seijo y Arce (2001) evidenció que las decisiones judiciales en el establecimiento de la guarda y custodia, y el régimen de visitas se tomaban de manera estereotipada: el progenitor custodio es la madre, excepto cuando ésta no la solicita, por mutuo acuerdo entre los progenitores o cuando existe una causa de incapacidad en la madre; y estableciendo un régimen de visitas de fines de semanas alternos y mitad de los períodos vacacionales de los menores. Pero este patrón de decisiones no es patrimonio exclusivo de la jurisprudencia española; de hecho, la mayoría de los estados de Estados Unidos, Europa, Sudamérica o Canadá muestran un perfil de decisiones judiciales similar (v. gr., Clingempeel y Reppucci, 1982; Fariña y otros, 2002). Este estado de la cuestión ha propiciado a que se alzaran voces para poner de relieve que estas decisiones no defienden en absoluto el mejor interés del menor porque, al aplicar soluciones estándar, no tienen en cuenta la realidad concreta de cada menor (p.e., Gardner, 1998). Sin embargo, la literatura no ha demostrado efectiva-

mente que estas decisiones no estén bien motivadas y, por tanto, vayan en detrimento de las necesidades del menor.

Por su parte y desde un punto de vista psicológico, esto es, técnico, el mejor interés del menor fue definido por la American Psychological Association en 1994 atendiendo a las necesidades del menor, la capacidad de sus padres y el ajuste final entre ambas. Para ello se requiere: a) una evaluación de las capacidades de los padres que incluye conocimientos, atributos, destrezas y habilidades disponibles o la carencia de las mismas; b) una valoración del funcionamiento y necesidades psicológicas de cada niño, así como de sus deseos siempre que proceda; y c) una evaluación de la habilidad funcional de cada padre para satisfacer estas necesidades que incluye un análisis de la interacción entre cada adulto y el menor.

En este contexto nos hemos planteado llevar a cabo un estudio de archivo con sentencias judiciales a fin de conocer, a través de la motivación judicial de la guarda y custodia de los menores, si las decisiones judiciales se basan en la defensa del mejor interés del menor. Sucintamente, de orientarse al mejor interés del menor, éstas deberían: a) ser motivadas; b) los criterios de motivación deberían ser fiables y válidos; c) seguirse de un «proceso de integración de la información»; d) ser igualmente motivadas para la asignación de la guarda y custodia al padre o a la madre; y e) guiarse por un criterio decisional orientado a las necesidades del menor, las habilidades de los padres y al mejor ajuste entre ambas.

#### Método

##### *Protocolos*

Partimos de una muestra de 1.000 sentencias civiles datadas entre 1993 y 1999 y que tenían por objeto una separación o un divorcio. Las sentencias fueron obtenidas al azar del banco de datos de todo el territorio nacional del CENDOJ, organismo dependiente del Consejo General del Poder Judicial. Por procedimientos, eran mayoritariamente separaciones contenciosas (56,2%), seguidas de divorcios contenciosos (24,3%), modificación de medidas (11,8%) y otros (v. gr., medidas provisionales) (7,7%). De las 1.000 sentencias originales y para el presente estudio, desestimamos aquellas que no tenían por objeto establecer la guarda y custodia de menores o que no resolvían una disputa por la guarda y custodia entre las partes por motivos como la incomparecencia de una de las partes o violencia de género con sentencia que la confirmaba y excluía la custodia. Así, resultaron seleccionadas finalmente un total de 782 sentencias que versaban sobre la guarda y custodia de 1.177 menores.

##### *Análisis de los protocolos*

El análisis de los protocolos se encaminó, en primer lugar, a la búsqueda de los criterios de asignación de guarda y custodia. Un análisis previo de los protocolos por parte de los investigadores y un barrido de la literatura nos sirvió para identificar los criterios de asignación de guarda y custodia que utilizan los jueces/magistrados. Además, cada codificador podía señalar la aparición de un nuevo criterio en la categoría «otros», con lo que el procedimiento de construcción de las categorías no era cerrado, sino por aproximaciones sucesivas. Para la construcción de las categorías seguimos las normas redactadas al respecto por Anguera (1990), con lo que creamos un sistema categorial mutuamente excluyente, fiable y válido, en lo que Weick (1985) ha denominado sistemas de

categorías metódicas. La consideración de un criterio no excluye los demás, es decir, se tienen en cuenta todos aquellos en los que se basa el juez/magistrado cuando motiva su decisión. Por su parte, los datos mostraron que los criterios solo se explicitaban de un modo convergente, esto es, en el soporte de la guarda y custodia del mismo progenitor. Los criterios pueden estar redactados en forma positiva o negativa. Por ejemplo, el deseo del menor puede ser estar con la madre (positivo) o no estar con la madre (negativo). Los últimos, para darle consistencia a la codificación, fueron transformados a su forma positiva. A continuación, se relacionan y definen los criterios productivos:

*Acuerdo entre ambos progenitores.* El juez asigna la guarda y custodia del menor teniendo en cuenta el acuerdo existente entre ambos padres.

*Edad del menor.* La asignación de la guarda y custodia se justifica por la edad que tiene el menor.

*Deseo del menor.* Se apoya en el criterio de deseo del menor.

*Existencia de informe psicosocial a favor del padre custodio.* El juez basa su decisión en la existencia de un dictamen psicosocial a favor del progenitor custodio.

*Cuidador habitual del menor.* El juez razona la asignación de la guarda y custodia del menor sobre la base de quién ha venido ejerciendo la función de cuidador a lo largo del tiempo de convivencia conjunta entre los progenitores.

*Buen hacer del padre custodio.* Se fundamenta en que hasta tal momento, el padre custodio ha venido desempeñando adecuadamente la guarda y custodia.

*Enfermedad mental del padre no-custodio.* Motiva su decisión en el padecimiento de enfermedad mental por el padre no-custodio.

*Adicción del padre no-custodio.* Decide sobre la base de la existencia de algún tipo de adicción en el padre no-custodio, tales como alcoholismo, drogadicción o ludopatía.

*Irregularidad en horarios del no-custodio.* Explica su decisión en función de que el padre no-custodio no cuenta con horarios laborales regulares.

*Abandono o maltrato a los hijos por parte del padre no-custodio.* El decisor se fundamenta en la existencia de antecedentes de abandono o maltrato a los hijos por parte del padre no-custodio.

*No separar a los hermanos.* El juez motiva su decisión en el axioma de no separar a los hermanos.

*Condiciones del custodio.* El decisor justifica la guarda y custodia en la existencia de condiciones favorables del padre custodio que responden mejor a las necesidades del menor.

*Criterio geográfico.* Se apela a la máxima de no desubicar geográficamente al menor de su entorno habitual.

*Existencia del Síndrome de Alienación Parental por parte del no-custodio.* El magistrado o juez motiva la decisión en un trastorno en el que el niño manifiesta desprecio y crítica irracional hacia el progenitor custodio, así como un descrédito exagerado e injustificado, conclusión a la que llega medida por uno o más de los siguientes 8 síntomas (Gardner, 1998, 1999): campaña de desprobación del padre alienado, pérdida de ambivalencia, desaprobaciones absurdas y frívolas del padre alienado, «fenómeno del pensador independiente», apoyo activo del padre alienador, ausencia de sentimientos hacia el padre alienado, escenarios prestados, u odio» a la familia extensa del padre-alienado.

*Apoyo de la familia extensa del custodio.* La decisión descansa en la existencia de un apoyo efectivo de la familia extensa.

*Falta de medios del no-custodio.* Se considera que el padre no-custodio carece de medios suficientes para satisfacer las necesidades del menor.

*Declaración de testigos.* El juez motiva su decisión basándose en la declaración de diferentes testigos de la que se desprende una mejor idoneidad para la custodia (familiares, amigos, profesores, director del colegio, vecinos u otros).

*Ningún criterio.* A esta categoría no sólo se llega por la ausencia de alguno de los criterios anteriores, sino que, además, los codificadores volvían a analizar detenidamente el material a fin de poder advertir algún otro indicio de motivación. Por supuesto, también dimos entrada, considerando la especificidad de los procedimientos de «modificación de medidas», a la «desestimación de criterios o los considerandos argüidos por la parte demandante» como criterio único en el que fundar una decisión. Pero esta categoría por sí sola resultó improductiva. Nuestras observaciones nos indican que, en estos casos, los decisores sentencian sobre la base del criterio «buen hacer del padre custodio». Esto es, la desestimación de los argumentos de la parte demandante estaría englobada en una categoría más amplia y efectiva: «el buen hacer del padre custodio». De no concurrir ninguna de estas circunstancias, se llegaba a la conclusión de que la sentencia no estaba motivada en criterio alguno. Esto es, se siguió un procedimiento de aproximaciones sucesivas para llegar a la no motivación. En resumen, este tipo de decisiones se limitaban a determinar la guarda y custodia, y otros aspectos judiciales tales como la pensión alimenticia sin motivar la decisión.

Por último, en relación a los criterios de adjudicación de la guarda y custodia, es de destacar que otras categorías de análisis descritas en la literatura como criterios válidos tales como la parentificación (Mussetto, 1980), el conflicto de lealtades (Borszmény-Nagy, 1973) o la sobrecarga (Ackerman, 1995) fueron improductivas en las sentencias analizadas.

Toda sentencia, como resolución judicial, implica una actividad cognitiva por parte del decisor. Esta actividad se refleja en la redacción de la sentencia que, además de recoger el juicio conformado, debe motivar la decisión (Art. 120.3 CE). De la actividad cognitiva se obtiene información relacionada con los sustratos decisionales. La literatura sobre toma de decisiones judiciales informa (v. gr., Arce Fariña y Fraga, 2000; Fariña, Arce y Novo, 2002) que la actividad cognitiva se configura en torno a dos dimensiones, general y específica, según se vincule o no con el contexto; en nuestro caso, con el procedimiento en curso. Para la medida de la actividad cognitiva, Fraga (1998) y Arce, Fariña y Fraga (2000) crearon y validaron un instrumento compuesto por dos factores, uno denominado «actividad cognitiva general» y otro «actividad cognitiva específica».

Las categorías de medida de la «actividad cognitiva general», que en nuestro estudio se mostró consistente internamente,  $\alpha = .8302$ , son tres:

- Recuento del número total de palabras.
- Recuento del número total de proposiciones relacionadas con la evidencia del caso.
- Recuento del número total de proposiciones abstractas, esto es, no relacionadas con la evidencia del caso.

A su vez, la «actividad cognitiva específica», cuya medida también mostró ser consistente internamente,  $\alpha = .8667$ , se registró a través de las siguientes categorías de análisis:

- Número de proposiciones pro-custodio (que tienen una valencia a favor del padre custodio).
- Número de proposiciones contra-custodio (que tienen una valencia contraria del padre custodio). Esta categoría no se mostró productiva.
- Número de proposiciones pro no-custodio (con valencia en favor del padre no-custodio). Esta categoría se mostró no productiva.
- Número de proposiciones contra no-custodio (con valencia en contra del padre no-custodio).
- Número de proposiciones neutras (proposiciones con una valencia neutra, es decir, ni a favor ni en contra del progenitor custodio o no-custodio).
- Incrustación contextual (número de alusiones a lugares, fechas, tiempos, etc.).
- Información idiosincrásica (recuento del número de alusiones que hace el juez o magistrado sobre su estado interno, procesos cognitivos o emociones).
- Cantidad de detalles legales (cantidad de referencias legales que se pueden extraer de la sentencia).

#### *Fiabilidad*

Dos codificadores analizaron, en una aproximación para cada categoría, las categorías que componen la actividad cognitiva y los criterios de motivación de la sentencia, la totalidad de los protocolos (esto es, sentencias); cada uno, la mitad de los protocolos. Transcurrido un tiempo no inferior a una semana del final de la codificación, volvieron a codificar el 10% de los protocolos propios y el 10% de forma cruzada. La fiabilidad se computó mediante dos sistemas diferenciales, según se tratara de variables categóricas o discretas: índice de concordancia, para las primeras, y la correlación para las segundas.

Los dos codificadores que participaron fueron entrenados previa y exhaustivamente utilizando la concordancia como elemento de contraste, de modo que permitiera corregir sesgos de codificación. Además, ya habían colaborado en otras codificaciones en las que se había utilizado un procedimiento de codificación análogo, con una superposición en la mayoría de las categorías manejadas (Arce, Fariña y Fraga, 2000; Fariña, Fraga y Arce, 2002).

El análisis de la consistencia de la codificación de los criterios fue abordado estadísticamente a través del Índice de Concordancia. Se consideran evaluaciones concordantes aquellas que superan el punto de corte .80 (Tversky, 1977), que es más restrictivo que los valores kappa. Los resultados mostraron un valor de 1 tanto intra-codificadores como inter-codificadores. Esto es, la consistencia fue total.

Por otra parte y para medida de la consistencia en la actividad cognitiva, hemos considerado el coeficiente de correlación como el instrumento estadístico de contraste. No obstante, no se nos puede escapar que éste merece alguna corrección. De facto, no es sensible a la correspondencia de las medidas. En otras palabras, el hecho de que el número de evaluaciones de una determinada variable sea coincidente de un evaluador a otro no implica que las medidas se estén refiriendo exactamente a las mismas incidencias. Así, verificamos que el recuento se refiera exactamente a los mismos registros. Ya en relación a la consistencia se considera que una medida es fiable si supera el punto de corte de  $r > .70$  (Carrera y Fernández-Dols, 1992). Contrastados los valores de nuestros codificadores (ver las tablas 1 y 2) se puede decir que las medidas son consistentes.

El acercamiento a la consistencia inter- e intra-evaluadores no supone una aproximación directa a la fiabilidad de las medidas, si- no de los instrumentos. Por ello, es necesario complementar esta medida de la consistencia con otras como la temporal, inter-contex- tos e inter-métodos de estudio (Wicker, 1975). Al respecto, en- contramos que nuestros codificadores se han mostrado consisten- tes en otros estudios, así como consistentes con otros métodos (p.e., Arce, Fariña y Fraga, 2000; Arce, Fariña y Seijo, 2003). En consecuencia, considerando esta consistencia inter- e intra-codifi- cadores, inter-contextos e inter-métodos, podemos afirmar que las medidas son fiables.

#### Análisis de datos

Aplicamos análisis de varianza multivariado (MANOVA) para el estudio de la actividad cognitiva (variable dependiente) asociada a la presencia vs. ausencia de criterios en la asignación de la guarda y custodia (factor de agrupamiento). Hemos tomado estos niveles de comparación sobre la base de que no es factible definir un grupo de comparación normativo en una tarea de decisión como la judicial (v. gr., Kruglanski y Azjen, 1983; Pennington y Hastie, 1986; Saks y Kidd, 1986), ya que no podemos verificar fehacientemente un grupo de sentencias que sigan un esquema de decisión ideal. Las razones para preferir un MANOVA a otras pruebas estadísticas residían en que este tipo de análisis tiene en cuenta las intercorrelaciones entre variables, permite la obtención de una global, proporciona resultados univariados a la vez que nos suministra otros estadísticos individuales y globales, como la potencia de la prueba estadística o el tamaño del efecto (Stevens, 1986, p. 143). Si bien el análisis de varianza es una prueba muy robusta, como toda prueba de diferencias de medias, requiere de medidas en formato

variable continua. Dado que no todas nuestras variables de medida de la actividad cognitiva estaban recogidas en formato de variable continua, aquellas que implicaban recuentos de frecuencias fueron transformadas, a fin de pasarlas a un formato de variable continua, mediante el método de raíz cuadrada, por tratarse de recuentos de frecuencias (Martínez-Arias, 1990), «procedimiento que estabiliza la varianza aproximadamente en  $\sigma^2 = 1$  si la media de las observa- ciones originales es  $>.8$ » (Dixon y Massey, 1983, p. 373). En cual- quier caso, las medias que presentamos se corresponden a las puntuaciones directas, no transformadas, para que el lector pueda advertir el impacto real y directo de cada medida.

Para establecer que un criterio de asignación de guarda y cus- todia tiene un peso significativo en las decisiones judiciales, estima- mmos como punto de contraste el concepto de significatividad estadística, el .05. De esta forma, aquellos criterios a los que recu- rrieran los jueces para motivar sus decisiones que superaran signifi- cativamente el punto de corte de .05 se entiende que tienen un peso significativo en la redacción de las sentencias más allá de lo que sería esperable por azar.

#### Resultados

Del total de las 782 atribuciones de la guarda y custodia deter- minadas en las sentencias judiciales, 716 (91,56%) fueron asignadas a las madres por tan sólo 66 (8,44%) a los padres, de lo que se desprende una tendencia significativa de concesión de la guarda y custodia a las madres,  $\chi^2(1, n=782)= 540.281; p<.001$ .

El estudio de la motivación de la decisión muestra que de los 17 criterios productivos (véanse las contingencias en la Tabla 3), sólo tres superan el margen de confianza de la relevancia estadística (.05): el «acuerdo entre ambos progenitores» (detectado en el 18,2% de las sentencias),  $Z(n=782)= 17.14; p<.001$ ; el «deseo del menor» (9,7%),  $Z(n=782)= 6.71; p<.001$ ; y el «cuidador habitual del menor» (15,6%),  $Z(n=782)= 13.77; p<.001$ . Inesperadamente, el 57,3% de las sentencias no se rigen por criterio alguno.

De la mayor tendencia constatada en la asignación de la custodia a las madres cabía esperar, en función del mejor interés del menor, una motivación análoga para la concesión a padres o madres. Ejecu- tado un  $\times$  jíx cuadrado 2 (género del padre custodio: madre vs. padre)  $\times$  2 (motivación: basada en el criterio vs. no basada en el criterio) en- contramos que la mayoría de los criterios (véase la Tabla 3) sirven para motivar una asignación de la guarda y custodia al padre: el de- seo del menor; en un informe psicosocial; enfermedad mental; adic- ción; horarios laborales; abandono o maltrato del menor; el síndrome de alienación parental; el apoyo de la familia extensa; escasez de medios por parte del no custodio; y las pruebas testificales. Por su parte, la concesión de la guarda y custodia a la madre no precisa de motivación, esto es, se relaciona con la ausencia de criterio alguno.

En relación con la actividad cognitiva general, un primer dato a resaltar es que la categoría «proposiciones abstractas», o sea, no relacionadas con el caso, resultó no productiva. Por su parte, el factor motivación de la sentencia (ausencia de criterios v. decisión motivada en algún criterio), media diferencias multivariadas en la actividad cognitiva general,  $F(2,808)= 3.681; p<.05$ ;  $\eta^2=.009$ . En esta línea, los efectos univariados (ver Tabla 4) informan que, en las sentencias sin criterio definido alguno, hay menos palabras (marginalmente significativo) y menos razonamientos relacionados con el caso. En otros términos, los criterios implican más actividad y razonamientos en tanto la ausencia de criterios conlleva un ahorro cognitivo significativo.

Tabla 1 Fiabilidad intercodificador en «actividad cognitiva»				
Variables discretas	$r_{12}$	p	$r_{21}$	p
Cantidad de detalles legales	1.00	<.001	1.00	<.001
Incrustación contextual	1.00	<.001	1.00	<.001
Información contextual	1.00	<.001	1.00	<.001
Información idiosincrásica	.995	<.001	.985	<.001
Palabras	1.00	<.001	1.00	<.001
Proposiciones contra no-custodio	.992	<.001	.957	<.001
Proposiciones neutras	1.00	<.001	1.00	<.001
Proposiciones pro-custodio	1.00	<.001	1.00	<.001

Nota:  $r_{12}$ = Consistencia inter-codificador sobre material del codificador 1;  $r_{21}$ = Consis- tencia inter-codificador sobre material del codificador 2.

Tabla 2 Fiabilidad intracodificador en «actividad cognitiva»				
Variables discretas	$r_1$	p	$r_2$	p
Cantidad de detalles legales	.908	<.001	1.00	<.001
Incrustación contextual	1.00	<.001	1.00	<.001
Información idiosincrásica	1.00	<.001	.802	<.001
Palabras	1.00	<.001	1.00	<.001
Proposiciones contra no-custodio	.983	<.001	1.00	<.001
Proposiciones neutras	1.00	<.001	1.00	<.001
Proposiciones pro-custodio	1.00	<.001	1.00	<.001

Nota:  $r_1$ = correlación intra-codificador 1;  $r_2$ = correlación intra-codificador 2.

Criterio	$\chi^2$	p	phi	Tabla 3		
				n(%) padre	n(%) madre	n(%) total
Acuerdo progenitores	1.77	.184	.048	8(12.1%)	134(18.7%)	142(18.2%)
Edad menor	1.14	.285	.038	3(4.5%)	17(2.4%)	20(2.6%)
Deseo menor	25.32	.000	.180	18(27.3%)	58(8.1%)	76(9.7%)
Informe psicosocial	23.89	.000	.175	11(16.7%)	25(3.5%)	36(4.6%)
Cuidador habitual del menor	2.78	.095	.060	15(22.7%)	107(14.9%)	122(15.6%)
Buen hacer del custodio	.97	.326	.035	4(6.1%)	26(3.6%)	30(3.8%)
Enfermedad mental	43.62	.000	.236	4(6.1%)	0(0%)	4(0.5%)
Adicción	13.21	.000	.130	2(3.0%)	1(0.1%)	3(0.4%)
Horarios laborales	13.21	.000	.130	2(3.0%)	1(0.1%)	3(0.4%)
Abandono/Maltrato	19.78	.000	.159	5(7.6%)	6(0.8%)	11(1.4%)
No separación hermanos	8.99	.003	.107	2(3.0%)	2(0.3%)	4(0.5%)
Condiciones del custodio	.10	.750	.011	1(1.5%)	15(2.1%)	16(2%)
Criterio geográfico	.19	.667	.015	0(0%)	2(0.3%)	2(0.3%)
Síndrome alienación parental	21.75	.000	.167	2(3%)	0(0%)	2(0.3%)
Apoyo familia extensa	18.07	.000	.152	4(6.1%)	4(0.6%)	8(1%)
Pocos medios del no-custodio	13.21	.000	.130	2(3.0%)	1(0.1%)	3(0.4%)
Declaraciones de testigos	17.31	.000	.149	3(4.5%)	2(0.3%)	5(0.6%)
Ningún criterio	19.11	.000	.156	21(31.8%)	427(59.6%)	448(57.3%)

Nota: g.l.= 1; n= 782. n(%) padre= n y porcentaje del total de asignaciones de la guarda y custodia al padre; n(%) madre= n y porcentaje del total de asignaciones de la guarda y custodia a la madre; n(%) total= n y porcentaje del total de asignaciones de la guarda y custodia.

Tabla 4						
Efectos univariados en la actividad cognitiva general específica mediados por el factor motivación de la sentencia						
Variable	MC	F	p	Eta <sup>2</sup>	M <sub>0</sub>	M <sub>1</sub>
Palabras	1553007.31	3.622	.051	.004	1086.603	1174.954
Proposiciones	41569.082	5.627	.018	.007	68.137	82.591

G.L. (1; 809); M<sub>0</sub>= media del grupo de sentencias sin criterio alguno de motivación; M<sub>1</sub>= media del grupo de sentencias motivadas en algún criterio

Tabla 5						
Efectos univariados en la actividad cognitiva específica mediados por el factor motivación de la sentencia						
Variable	MC	F	p	Eta <sup>2</sup>	M <sub>0</sub>	M <sub>1</sub>
Proposiciones pro-custodio	839.296	85.084	.000	.095	0.089	2.143
Proposiciones contra no-custodio	26.203	11.479	.001	.014	0.054	.417
Proposiciones neutras	44719.395	51.397	.000	.060	63.148	78.140
Información idiosincrásica	.807	1.136	.287	.001	.421	.357
Incrustación contextual	0.027	.364	.546	.000	1.920	1.931
Detalles legales	598.975	22.332	.000	.027	2.813	4.549

G.L. (1; 809); M<sub>1</sub>= media del grupo de sentencias motivadas en algún criterio, M<sub>0</sub>= media del grupo de sentencias sin criterio alguno de motivación.

Asimismo, también destaca el hecho de que en la medida de la actividad cognitiva específica las categorías «proposiciones contra-custodio» y «favorables al no custodio» no resultaron productivas. A su vez, se observan diferencias significativas en la actividad cognitiva específica terciadas por el factor motivación de la sentencia (ausencia de criterios v. decisión motivada en algún criterio), F<sub>multivariada</sub>(6,804)= 31.566; p<.001; eta<sup>2</sup>= .191. De nuevo, los efectos univariados (ver Tabla 5) prueban que la ausencia de un criterio que justifique la guarda y custodia se vincula a menos razonamientos en favor del padre custodio y en contra del padre no-custodio; menos razonamientos neutros; y menos detalles legales. Así pues, los criterios se asocian a un procesamiento de la información más profundo, a la vez que a una mayor motivación de orden legal (causalidad legal).

### Discusión

Dos son las matizaciones previas que merece la presente discusión. Primero, se trata de un estudio de archivo con sentencias judiciales, es decir, resoluciones judiciales escritas, con lo que adolece de generalización a toda la tarea judicial en sí. No obstante, la convergencia con los resultados de estudios en la misma línea y encauzados por otros métodos de trabajo (v. gr., Fariña, Novo y Arce, 2002; National Center for Health Statistics, 1995; Stamps, 2002) le confieren un mayor poder de generalización. Segundo, la imposibilidad de contar con un grupo normativo de comparación implica que el valor de contraste no sea totalmente objetivo, limitándonos a contrastar decisiones cualitativamente distintas, esto es, decisiones motivadas frente a decisiones no motivadas. Ahora bien, la asunción de un modelo de decisión normativo aplicable a la tarea judicial no es viable (véase para una discusión, Kruglanski y Azjen, 1983; Pennington y Hastie, 1986; Saks y Kidd, 1986), con lo que es preciso abordar otras fórmulas de contraste.

Bajo estas premisas, de los anteriores resultados se pueden dibujar las siguientes conclusiones. Primera, el artículo 120.3 de la

Constitución española requiere de los jueces y magistrados una motivación de las sentencias. Si bien todas las sentencias de este estudio determinan la guarda y custodia de menores, en más de la mitad de ellas no observamos criterio alguno en el que fundamentan tal decisión. De esto se infiere que los jueces y magistrados no se ajustan a la tarea demandada, pues ésta requiere de motivación y están obligados a explicitarla. Segunda, en más de la mitad de las sentencias la decisión no se motiva en criterio alguno, aunque cuando se motiva los criterios argüidos para la adjudicación de la guarda y custodia son, en general, válidos. No obstante, «el deseo del menor», que cuenta con cobertura legal (Art. 92.2 CC, Art. 9.2 de la L.O. 1/1996), y es, por tanto, un criterio válido, el decisor no debería explicitarlo directamente en la sentencia dado que puede llevar a una sobrecarga del menor (Wallerstein y otros, 1988) y, a su vez, el deseo puede estar mediado por «la parentificación» (Musssetto, 1980), esto es, la identificación con el progenitor más débil, con lo que puede no responder al mejor interés del menor. Asimismo, «el acuerdo entre los progenitores» no debería ser tomado sin ser contrastado por el juez si éste responde al «mejor interés del menor». En suma, estos criterios externos al decisor no pueden ser tomados directamente sin una verificación previa. En relación a la fiabilidad, esto es, la consistencia de los criterios, observamos que no son consistentes intergénero del padre custodio cuando nuestro ordenamiento jurídico prevé una custodia de género neutro y, por tanto, igualmente motivada. Tercera, nuestros datos muestran, en consonancia con la literatura (p.e., Freeman, 1992; Leventhal, Kelman, Galatzer-Levy and Karus, 1999; Montero, 2001), que la madre es la receptora de la guarda y custodia de los menores con una probabilidad que va más allá del azar ( $>.90$ ). Para que dicha tarea esté correctamente ejecutada, esto es, en beneficio del menor, requiere de razonamientos en que fundarse. Así, la guarda y custodia de los menores debiera ser motivada por un igual para el padre y la madre. Cuarta, la mayor tendencia en la asignación a la madre de la guarda y custodia debería estar acompañada de un hilo argumental basado en criterios que la sustentara, pero, en las decisiones de custodia a favor de la madre, prevalece la ausencia de criterio alguno. Por su parte, la custodia paterna se sigue, en buena medida, de un «criterio de exclusión de la madre» ya que se motiva más por un demérito de la madre (v.gr., adicción, alienación parental, abandono o maltrato, enfermedad mental, escasez de medios o imposibilidad de atender a los hijos) que por las características positivas del padre o el mejor ajuste del padre a las necesidades del menor. En consecuencia, la guarda y custodia concedida al padre parece mejor motivada que la asignada a la madre. En suma, el patrón decisional es: guarda y custodia para la madre, no motivada en criterio alguno. Quinta, el primer efecto de la ausencia de criterios en la redacción de las sentencias es el ahorro cognitivo y de razonamiento que produce. En otras palabras, la ausencia de criterios en la motivación de la sentencia presenta una funcionalidad similar a la heurística, ya que actúa como una herramienta de ahorro cognitivo (Nisbett y Ross, 1980). A su vez, las sentencias no motivadas en criterio alguno tampoco se sustentan en razonamientos deductivos a favor de la custodia o en contra (v. gr., incluyen menos razonamientos favorables al padre custodio, contrarios al no custodio y neutros) y aparecen menos motivadas legalmente. En resumen, los efectos de la ausencia de criterios motivadores de la decisión sobre la guarda y custodia en la redacción de la sentencia se materializan en un ahorro en el «razonamiento de la decisión» y en la «motivación legal»; esto es, no asumen un

«proceso de verificación de la decisión». Sexta, dos son los estilos de procesamiento de la información que se pueden perfilar de los datos obtenidos: «orientado a la tarea» y «basado en la exclusión de la información». En concreto, la ausencia de razonamientos no relacionados con la evidencia del caso (categoría no productiva de la actividad cognitiva general) nos informa que el juez/magistrado sigue exclusivamente un procesamiento de la información «orientado a la tarea». A su vez, este procesamiento orientado a la tarea se complementa con la estrategia de procesamiento de la información «basada en la exclusión de la información» contraria a la decisión alcanzada. Así, no se incluye ningún argumento favorable al padre no custodio, como si éste no tuviera ninguna característica positiva para ostentar la guarda y custodia, ni contrario al padre custodio, como si de hecho no tuviera característica negativa alguna para detentar la guarda y custodia. Esta falta de verificación de la decisión, al evitar información, es característica de un estilo de razonamiento heurístico (Chaiken, 1980; Ross y Lepper, 1980). Por el contrario y como estrategia normativa para la formación de juicios legales, Pennington y Hastie (1983) y Fariña, Arce y Novo (2002) han establecido el procesamiento de la información «orientado a las pruebas» que se caracteriza por una decisión fundada en el efecto acumulativo de las pruebas, y «basado en la integración de la información». Esto, en el caso que nos ocupa, supondría la inclusión de información favorable y contraria a cada uno de los progenitores y tomar una decisión en función del mejor ajuste entre las habilidades y carencias de cada progenitor y las necesidades del menor.

En resumen, las decisiones sobre la guarda y custodia no sólo son anormativas, sino que están, en términos de formación de juicios, basadas en estrategias de razonamiento informales (Perkins, 1989); no están sistemáticamente motivadas; los criterios de motivación no siempre son válidos; los criterios de decisión no son consistentes intergénero del padre custodio; la custodia al padre se deriva de un criterio de exclusión de la madre; no se sigue un proceso de verificación de la decisión; el procesamiento de la información sigue dos estrategias básicas «orientación a la tarea» y «exclusión de la información» contraria a la decisión alcanzada. En consecuencia, podemos señalar que las decisiones sobre la guarda y custodia de los menores podrían no estar defendiendo el mejor interés del menor. Todo parece indicar que se aplican, como había postulado Gardner (1998), soluciones estándar (i.e., la custodia para la madre a no ser que concurren en ella circunstancias incapacitantes) sin dar entrada a la realidad concreta de cada menor. Estos indicios de razonamiento informal en las sentencias judiciales requieren ser controlados dada la transcendencia de las decisiones tomadas. La solución más parsimoniosa pasa por el entrenamiento de los decisores. Una instrucción para éstos debe satisfacer dos objetivos centrales: el control del sesgo sistemático en la concesión de la guarda y custodia a las madres y de los efectos del mismo para la defensa de los intereses del menor. Para el control de estos sesgos la estrategia más efectiva pasa por proceder con los decisores, primero, para hacerles conscientes de los mismos y de sus efectos (Perkins, 1989), y, segundo, demandarles que generen, previamente a la decisión y como fuente de protección, dos juicios alternativos y de signo contrario, o sea, favorable a cada uno de los progenitores (Plous, 1993). A su vez, el entrenamiento pedagógico en este tipo de toma de decisiones debería incluir como referente la enseñanza de un análisis de las necesidades de los menores, las habilidades y disponibilidad de los demandantes de la custodia,

así como un estilo decisional analíticamente y no holísticamente orientado. Somos conscientes que esta serie de recomendaciones no dejan de ser un desideratum en la realidad de una justicia colapsada y sin todos los medios necesarios de formación y asesoramiento.

## Nota

Esta investigación fue financiada por la Secretaría Xeral de Investigación e Desenvolvemento, Xunta de Galicia, en el proyecto de Excelencia Investigadora Código PGIDIT03CS037401PR.

## Referencias

- Ackerman, M.J. (1995). *Clinician's guide to child custody evaluations*. Nueva York: John Wiley and Sons.
- Anguera, M.<sup>a</sup> T. (1990). Metodología observacional. En J. Arnau, M.<sup>a</sup> T. Anguera y J. Gómez (Eds.): *Metodología de la investigación en las ciencias del comportamiento* (pp. 125-236). Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Arce, R., Fariña, F. y Fraga, A. (2000). Género y formación de juicios en un caso de violación. *Psicothema*, 12(4), 623-628.
- Arce, R., Fariña, F. y Seijo, D. (2003). Laypeople's criteria for the discrimination of reliable from non-reliable eyewitnesses. En M. Vanderhaegen, G. Vervaeke, P.J. Van Koppen y J. Goethals (Eds.): *Much ado about crime* (pp. 105-116). Bruselas: Uitgeverij Politeia NV.
- Carrera, P. y Fernández-Dols, J.M. (1992). La observación: cuestiones previas. En M. Clemente (Coord.): *Psicología social. Métodos y técnicas de investigación* (pp. 208-223). Madrid: Eudema.
- Chiaven, S. (1980). Heuristic versus systematic information processing and the use of source versus message cues in persuasion. *Journal of Personality and Social Psychology*, 39, 752-766.
- Clingempeel, W. y Repucci, N.D. (1982). Joint custody after divorce: major issues and goals for research. *Psychology Bulletin*, 91(1), 102-127.
- Dixon, W.J. y Massey, F.J. Mr. (1983). *Introduction to statistical analysis* (4.<sup>a</sup> ed.). Nueva York: MacGraw-Hill.
- Fariña, F., Arce, R. y Novo, M. (2002). Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. *Psicothema*, 14(1), 39-46.
- Fraga, A. (1998). *Memoria, conciencia y formación de juicios*. Memoria de Licenciatura. Universidad de Santiago de Compostela.
- Freeman, M. (1992). *Children, their families and the law*. Londres: Macmillan.
- Gardner, R.A. (1998). *The parental alienation syndrome* (2.<sup>a</sup> ed.). Cresskill, N.J.: Creative Therapeutics Inc.
- Gardner, R.A. (1999). *Addendum I to parental alienation syndrome* (2.<sup>a</sup> ed.). Cresskill, N.J.: Creative Therapeutics, Inc.
- Kruglanski, A.W. y Azjen, I. (1983). Bias and error in human judgment. *European Journal of Social Psychology*, 13, 1-44.
- Leventhal, B., Kelman, J., Galatzer-Levy, R.M. y Kraus, L. (1999). Divorce, custody, and visitation in mid-childhood. En R.M. Galatzer-Levy y L. Kraus (Eds.): *The scientific basis of child custody decisions* (pp. 205-225). Nueva York: John Wiley and Sons.
- Montero, J. (2001). *Guarda y custodia de los hijos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Arias, R. (1990). *Psicología matemática II* (vol. II). Madrid: UNED.
- Mussetto, A.P. (1980). The role of mental health professional in contested custody: evaluator of competence or facilitator of change. *Journal of Divorce*, 4(4), 69-79.
- National Center for Health Statistics (1995). Advance report of final divorce statistics, 1989 and 1990. *Monthly Vital Statistics Reports*, 43(9, supplement), 1-31.
- Ortega, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2(3), 87-108.
- Pennington, N. y Hastie, R. (1986). Evidence evaluation in complex decision making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 51(2), 242-258.
- Perkins, D.N. (1989). Reasoning as it and could be: an empirical perspective. En D.M. Topping, D.C. Crowell y V.N. Kobayashi (Eds.): *Thinking across cultures: the third international conference on thinking* (pp. 175-194). Hillsdale, N.J.: LEA.
- Saks, M.J. y Kidd, R.F. (1986). Human processing information: trial by heuristics. En H.R. Arkes y R.H. Hammond (Eds.): *Judgment and decision making. An interdisciplinary reader* (pp. 213-242). Cambridge, Mass: Cambridge University Press.
- Stamps, L.E. (2002). Maternal preference in child custody decisions. *Journal of Divorce and Remarriage*, 37, 1-11.
- Stevens, J. (1986). *Applied multivariate statistics for social sciences*. Hillsdale, N.J.: LEA.
- Wallerstein, J., Corbin, S.B. y Lewis, J.M. (1988). Children of divorce: a tenyear study. En E.M. Hetherington y J. Arasteh (Eds.): *Impact of divorce, single-parenting and stepparenting on children* (pp. 198-214). Hillsdale, N.J.: LEA.
- Weick, K.E. (1985). Systematic observational methods. En G. Lindzey y E. Aronson (Eds.): *The handbook of social psychology* (vol. 1) (pp. 567-634). Hillsdale, N.J.: LEA.
- Wicker, A.W. (1975). An application of a multiple-trait-multiple-method logic to the reliability of observational records. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 4, 575-579.