El Derecho al revés: la doctrina del mejor bienestar del menor bajo el actual sistema de custodia monoparental en Puerto Rico

Yanira Alemán Torres*

Introducción

El actual estado del Derecho puertorriqueño en el área de adjudicación de custodia de hijos menores con posterioridad a un divorcio es verdaderamente preocupante. Podría incluso catalogarse como anacrónico. De hecho, sobre este asunto en particular se legisló por última vez en 1976.[1] Esto implica que el mismo no ha evolucionado a la par con los hallazgos de campos, tales como: la psicología, la sociología y el trabajo social, los cuales son de significativa importancia para esta área tan sensitiva y compleja del Derecho. El Tribunal Supremo de Puerto Rico, ante la inercia legislativa, ha hecho esfuerzos por atemperar nuestro estado de Derecho a las nuevas realidades de la época mediante la incorporación de nuevas alternativas de custodia, al amparo de la norma del mejor bienestar del menor.[2] Esta conducta ha sido criticada, pues se ha catalogado como una transgresión a su posición dentro de nuestro sistema de separación de poderes.[3]

Una de las realidades que no es valorada en el sistema puertorriqueño de adjudicación de custodia es la importancia de la figura paterna. Nuestro sistema se basa en nociones culturales que erróneamente dictan

---

*Estudiante de segundo año y miembro del Cuerpo de Investigadores, Redactores y Correctores de la Revista de Derecho Puertorriqueño de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico.

[1] La Ley Núm. 100 del 2 de junio de 1976 enmendó el artículo 107 de nuestro Código Civil para que no se tomase en cuenta la condición de excónyuge culpable o inocente al determinar a quién correspondía la custodia y para eliminar la anterior norma de revocación de custodia si el excónyuge que adviniese custodio contraía nuevas nupcias. Esta ley también incorporó la norma del mejor bienestar del menor.

[2] En el caso Ex Parte Torres Ojeda, 118 D.P.R. 469 (1987), el Tribunal Supremo añade la custodia compartida como una alternativa válida más. Este caso lo discutiremos más adelante.

[3] En su Opinión Disidente en el caso Ex Parte Torres, anteriormente citado, el Juez Asociado, Francisco Rebollo López, señala que el tribunal ". . .ha invadido un campo que le está vedado: el de legislar, facultad que. . . corresponde a la Asamblea Legislativa."

que la madre es quien único puede cuidar de sus hijos; y el padre es, por naturaleza, menos importante en el desarrollo de los mismos.[4] Se le exige que aporte monetariamente al bienestar de sus hijos, pero no se le permite tenerlos en su compañía tiempo suficiente para mantener una relación estrecha y satisfactoria con éstos. La relación con el padre es de suma importancia para el desarrollo de los niños. Estudios sobre los efectos que puede tener en un menor el no residir con su padre tienden a indicar que esta situación tiene un efecto adverso en el desarrollo intelectual, psicosocial y psicosexual de los niños y niñas.[5]

En la sociedad puertorriqueña, cerca del 50% de las personas que contraen matrimonio se divorcian, y en la inmensa mayoría de los casos hay niños involucrados.[6] La custodia de hijos menores se le adjudica a uno de los cónyuges (a la madre en el 96.4% de los casos[7]) y al otro (al padre) se le concede derecho a visitas.[8] Por lo general, estas visitas consisten de dos fines de semana al mes.[9] Los niños no tienen la oportunidad de residir con su padre y el corto tiempo que proveen las visitas dificulta la relación padre-hijo. Esto implica que una gran cantidad de niños puertorriqueños se ven privados de residir con su padre y sufren o están propensos a sufrir diversos efectos adversos como consecuencia de este arreglo. Como veremos más adelante, los padres no custodios también sufren psicológica y emocionalmente con el sistema actual. El mismo también perjudica a las madres custodias al imponerles demasiadas tareas y responsabilidades.

Existe una urgente necesidad de re-evaluar nuestro sistema de adjudicación de custodia para que el mismo sea verdaderamente justo para los niños y sus progenitores. Este escrito pretende iniciar ese proceso, o al menos denunciar la imperante necesidad de comenzarlo. Se discutirá el proceso de adjudicación de custodia en Puerto Rico al

---

[4] Más adelante tendremos oportunidad de examinar algunas frases de nuestra jurisprudencia que claramente ilustran este punto.

[5] *Véase*: HENRY BILLER Y JAMES MEREDITH, FATHER POWER (1974); MICHAEL LAMB, THE ROLE OF THE FATHER IN CHILD DEVELOPEMENT (Wiley and Sons, 1976); RICHARD WARSHAK, THE CUSTODY REVOLUTION (Poseidon , 1992).

[6] MAYRA MUÑOZ Y EDWIN FERNÁNDEZ, EL DIVORCIO EN LA SOCIEDAD PUERTORRIQUEÑA 21 (Huracán, 1988).

[7] *Id.*

[8] C. CIV. P.R. art. 107, 31 L.P.R.A. secc. 383 (1993). Este artículo se discutirá a fondo más adelante.

[9] MAYRA MUÑOZ, *supra* nota 6 en 24.

presente, enfocándonos principalmente en el artículo 107 de nuestro Código Civil, la norma del mejor bienestar del menor y los derechos de visita del padre no custodio. Señalaremos las deficiencias de nuestro sistema (entre ellas el discrimen por razón de género) y las implicaciones que tiene para todas las partes involucradas en el asunto. Como principal alternativa se presenta la figura de la custodia compartida. Se analizan las ventajas de este arreglo, así como las críticas que se le han hecho al mismo. Se pretende además, concienciar a la comunidad jurídica y a la sociedad puertorriqueña sobre la importancia de la presencia del padre para el desarrollo de sus hijos y sobre la capacidad de los hombres para criar y cuidar a sus hijos. A esos efectos, se provee evidencia científica obtenida en diversos estudios.

I. Breve Trasfondo

En el pasado, desde el Derecho romano, los hijos se consideraban propiedad del padre.[10] En Estados Unidos, antes de la Guerra Civil, los hijos eran cruciales para mantener los intereses económicos de la familia y, como los hombres controlaban el dinero, era costumbre que los hijos se fueran con el padre después de un divorcio.[11] Sin embargo, a fines del siglo XIX el discurso reformista rechazó la conceptualización de los hijos como propiedad y promulgó la idea de la paternidad como un compromiso social tanto de la madre como del padre.

También para finales del siglo XIX los derechos de las mujeres habían mejorado, pero sus opciones de trabajo seguían limitadas a enseñanza, enfermería, empleada doméstica, cuidado de niños y otras tareas similares. La cultura racionalizó la exclusión de la mujer de posiciones de poder en el mundo empresarial, halagándolas por su "habilidad superior" en el cuidado de niños. En ese entonces las mujeres ganaron trato preferencial en los tribunales.[12]

La expresión de este énfasis en la maternidad se manifestó en el ámbito legal con la doctrina de los "young and tender years" (años tiernos), la cual, sin estar basada en evidencia empírica alguna, establecía

---

[10] Nancy E. Yaffe, *A Fathers' Rights Perspective on Custody Law in California: Would You Believe it if I Told You That the Law is Fair to Fathers?*, 4 S. CAL. INTERDISCIPLINARY L.J. 135 (1995).

[11] James W. Loewen, VISITATION FATHERHOOD, IN FATHERHOOD TODAY: MEN'S CHANGING ROLE IN THE FAMILY 198 (Phyllis Bronstein et al. eds., 1988).

[12] AMNEUS, BACK TO PATRIARCHY (Arlington, 1979).

que los niños pequeños estaban mejor con su madre que con cualquier otra persona.[13] Esta doctrina estaba supuesta a otorgar a la madre únicamente la custodia temporera; durante los primeros 4 ó 5 años de la vida del menor, ya que para este entonces debía revertir la custodia al padre. Sin embargo, los años tiernos se extendieron hasta llegar a incluir niños entre las edades de 12 y 14 años. El "tender years doctrine" creó una presunción en favor de las madres en los casos de custodia. Con excepción de las madres que eran declaradas no aptas ("unfit") para criar al menor, siempre se le daba la custodia a la madre y derecho de visita al padre.[14]

Desde los 1950's los estados han variado sus leyes sustituyendo la doctrina de los "young and tender years" por la de los mejores intereses del menor.[15] La doctrina de los mejores intereses del menor dispone que se seleccionará al progenitor más idóneo como custodio y no necesariamente a la madre. No obstante lo anterior, únicamente durante los últimos 15 años han surgido decisiones en los tribunales que reflejan que los hombres pueden ser el progenitor custodio de niños pequeños sin tener que demostrar que la mujer no es apta. Muchos autores señalan que, a pesar de que la doctrina es neutral en base a género, todavía las madres tienen una presunción a su favor porque muchos jueces aún se basan en la división tradicional de tareas en base a género para justificar el otorgarle custodia a la madre. Esto repercute en que los padres, aún bajo la doctrina de los mejores intereses del menor, continúan recibiendo sólo las visitas usuales los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones en verano y navidades.[16]

En vista de que los padres no estaban satisfechos con la relación "artificial y limitada" que tenían con sus hijos bajo el régimen de visitas, en Estados Unidos, durante la década de los 1970s, comenzó un movimiento para promover los derechos de los padres.[17] Estos argumentaban que la custodia compartida era más adecuada a la realidad

---

[13] JAMES W. LOEWEN, *supra* nota 11.
[14] *Id.*
[15] Esta doctrina es la que rige actualmente en Puerto Rico. Su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico y la interpretación que se ha hecho de la misma se analizarán más adelante, en la sección de Estatutos y Doctrinas Vigentes.
[16] ANDERSON-KHLEIF, DIVORCED BUT NOT DISASTROUS (Prentice Hall, 1982) y en BOHANNAN, ALL THE HAPPY FAMILIES (McGraw-Hill, 1985).
[17] Nancy E. Yaffe, *supra* nota 10.

de los padres modernos, pues ahora los padres estaban más involucrados en la crianza de los hijos y resultaba obsoleta la creencia de que el padre era el único proveedor económico del hogar y la madre la que cuidaba de los niños.[18]

Este movimiento ha redundado en legislación a favor de la custodia compartida. Al presente, todos los estados de la unión norteamericana han reconocido la custodia compartida como una de las alternativas al adjudicar custodia de menores con posterioridad a un divorcio. Más aún, varios estados han establecido una presunción de custodia compartida, ya que entienden que este arreglo es el que con mayor exactitud satisface los mejores intereses del menor.[19]

II. Estatuto y Doctrinas Vigentes

A. Artículo 107

En Puerto Rico la adjudicación de custodia de hijos menores posterior a un divorcio, así como los derechos del padre no custodio, están regulados por el artículo 107 de nuestro Código Civil. El mismo dispone:

> En todos los casos de divorcio los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y la patria potestad del cónyuge que el tribunal, en el ejercicio de su sana discreción, considere que los mejores intereses y bienestar del menor quedarán mejor servidos; pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos, en la manera y extensión que acuerde el tribunal al dictar sentencia de divorcio según los casos.
>
> El cónyuge que haya sido privado de la custodia y la patria potestad tendrá derecho a recobrarlas si acreditare ante cualquier sala competente del Tribunal Superior el fallecimiento del otro excónyuge o demostrase a satisfacción del tribunal que a los mejores intereses y bienestar de los menores conviene la referida recuperación de patria potestad.[20]

De este artículo, según enmendado por la Ley Número 100 del 2 de junio de 1976, surge la norma del mejor bienestar del menor. En su Exposición de Motivos, la misma señala que:

---

[18] *Id*.

[19] *Véase*: Kathryn E. Maxwell, *Preventive Lawyering Strategies to Mitigate the Detrimental Effects of Clients´ Divorces on Their Children,* 67 REV. JUR. U.P.R. 137 (1998) y otras fuentes allí citadas.

[20] C. CIV. P.R. art. 107, 31 L.P.R.A. secc. 383 (1993).

> El menor tiene derecho a gozar de la vida más saludable y satisfactoria posible luego del divorcio de sus padres. Tiene derecho a quedar lo menos afectado posible por el fracaso matrimonial de sus padres. Esto sólo se logrará tomando la determinación sobre su custodia y patria potestad en base a sus mejores intereses y bienestar y no en base a cuál de sus padres fue decretado 'inocente'.[21]

Esta Ley Núm. 100 enmendaba el artículo 107 para eliminar dos situaciones del mismo. Antes de la enmienda, el artículo disponía que la custodia se le adjudicaría al ex-cónyuge inocente. Disponía también que el subsiguiente matrimonio del progenitor custodio era una causa para revocar la decisión de la custodia. Luego de la enmienda, el artículo actual dispone que se otorgará la custodia según el mejor bienestar del menor. Ya no se toma en consideración la culpa y el subsiguiente matrimonio del cónyuge custodio no conlleva una revocación de custodia.

De nuestro artículo 107 surge el hecho de que la custodia posterior al divorcio en Puerto Rico es monoparental; la ostentará un sólo progenitor y el otro solamente recibe derecho a visitas. Si los padres no han llegado a un acuerdo previo, el tribunal adjudicará la custodia a uno de los progenitores como lo dispone este artículo y procederá a regular el derecho de visita del padre no custodio. Este artículo 107 proviene de una combinación de los artículos sobre custodia que al momento regían en España y en Louisiana. Para ese entonces ambos artículos, el de España y el de Louisiana, disponían que la custodia se le otorgaría a un sólo cónyuge. Sin embargo, el artículo de Louisiana ha evolucionado hasta el punto de disponer expresamente que el mejor interés del menor radica en la custodia compartida y éste es el arreglo que el tribunal debe ordenar si las partes no han acordado otra cosa. El artículo vigente que regula la custodia en el Código Civil de Louisiana es el 132. El mismo dispone lo siguiente:

> If the parents agree who is to have custody, the court shall award custody in accordance with their agreement unless the best interest of the child requires a different award.
>
> In the absence of agreement, or if the agreement is not in the best interest of the child, the court shall award custody to the parents jointly; however, if custody in one parent is shown *by clear and convincing evidence* to serve the

[21] Ley Núm. 100 del 2 de junio de 1976 (Exposición de Motivos).

> best interest of the child, the court shall award custody to that parent.[22] (Énfasis suplido.)

El estado de Louisiana es, al igual que nosotros, de tradición civilista. No obstante, ha adoptado la custodia compartida al igual que el resto de los estados. Esto nos permite apreciar que nuestra tradición civilista no es un impedimento para que se establezca en Puerto Rico la alternativa de custodia compartida. Independientemente de que se trate de una jurisdicción de Derecho común o Derecho civil, la doctrina del mejor interés del menor opera internacionalmente (incluso en España). Ya veremos que la custodia compartida es el arreglo que mejor satisface los mejores intereses del menor. Sin embargo, nuestra legislación no ha evolucionado, razón por la cual nuestro artículo 107 sigue dictando la pauta de custodia monoparental.

B. Jurisprudencia

Nuestro Tribunal Supremo se ha expresado en numerosos casos en torno a los componentes de la doctrina del mejor bienestar del menor. De igual manera, ha regulado el derecho de visitas del padre no custodio. A continuación se ofrece una síntesis de lo que en esencia ha expresado nuestro más alto foro en cuanto a ambos asuntos.

1. La doctrina del mejor bienestar del menor

La jurisprudencia puertorriqueña nos señala que el mejor bienestar del menor debe explorarse a la luz de los siguientes factores: a) la preferencia del menor; b) su sexo; c) su edad; d) su salud física y mental; e) el cariño que pueda brindársele por las partes en controversia; f) la habilidad de las partes para satisfacer las necesidades afectivas, morales y económicas del menor; g) el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive; h) la interrelación con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia; i) la salud psíquica de todas las partes.[23]

2. Los derechos de visita

---

[22] C. CIV. LA. art. 132 (1998).
[23] Nudelman v. Ferrer, 107 D.P.R. 495 (1978) y otros casos allí citados.

Sobre el derecho de visitas del padre no custodio, el Tribunal Supremo ha establecido que al regular el mismo las salas de instancia deberán asegurarse de lo siguiente:[24]

a. que el padre no custodio pueda tener la compañía de su hijo fuera del ámbito del otro progenitor por cierto tiempo que, dependiendo de las circunstancias, podría ser desde unas horas a varios meses.

b. El derecho a tener a los hijos en su compañía incluye, salvo circunstancias excepcionales, la facultad de trasladar al menor a su casa o al lugar donde resida temporalmente.

c. Se debe permitir que el derecho a tener la compañía temporera del menor se ejercite de la manera más amplia y razonable posible de acuerdo con las circunstancias y el bienestar del menor, con el propósito de asegurar el derecho fundamental del padre o madre no custodio a la privacidad e intimidad en las relaciones familares con sus hijos.

d. La ley no puede establecer un tipo normativo del contenido de la visita. Lo ideal es que los padres logren llegar a un acuerdo. Sólo cuando esto no se logre o el acuerdo al cual lleguen no cumpla con el mejor bienestar del menor, debe entonces intervenir el tribunal.

El Tribunal Supremo también se ha expresado en cuanto a la importancia de estas visitas para los menores. En el caso de *Sterzinger v. Ramírez* nos señala sobre la regulación de los derechos de visita lo siguiente: "en lo posible, deberá considerar la opinión de los hijos y tendrá en cuenta que existe evidencia considerable que establece que la estabilidad emocional de éstos está íntimamente relacionada con la calidad de las relaciones que continúen teniendo con su padre o madre no

[24] Sterzinger vs. Ramírez, 116 D.P.R. 762, 778 (1985).

custodio."[25] Reconocen además que es un derecho fundamental del padre no custodio el relacionarse con sus hijos y, por lo tanto, los tribunales pueden regular las visitas, pero no pueden prohibirlas totalmente a menos que "existan causas muy graves para hacerlo."[26] Proveen como ejemplo la situación de un excónyuge culpable por la causal de adulterio para señalar que esa condición de adúltero no constituye al presente una excusa para privarlo de ver a sus hijos. Las causas muy graves son aquellas situaciones en que el contacto con ese padre no custodio sea claramente perjudicial para el niño(a). Por ejemplo, que se le pruebe que abusa sexualmente del menor.

C. Custodia compartida en Puerto Rico: *Ex Parte Torres Ojeda*

Como hemos discutido anteriormente, nuestro Código Civil establece que luego de un divorcio el tribunal le otorgará la custodia de los hijos menores a uno de los ex-cónyuges, concediéndole al otro derecho a visitas.[27] No obstante, en el 1987 el Tribunal Supremo de Puerto Rico, tomando como base la Ley Número 100 del 2 de junio de 1976, incorporó al ordenamiento jurídico puertorriqueño la figura de la custodia compartida.

En referencia a la mencionada Ley Número 100, la opinión mayoritaria en el caso *Ex Parte Torres Ojeda* señala: "...si el derrotero e intención legislativa es el mejor bienestar de los menores, no vemos fundamento válido alguno para que, en la consecución de ese legítimo fin, la patria potestad y custodia no puedan ser compartidas por ambos cónyuges si éstos lo convienen."[28]

Con estas palabras el Tribunal, a la vez que establece que la custodia compartida es una alternativa válida bajo la doctrina del mejor bienestar del menor, condiciona el otorgamiento de la misma al hecho de que ambos padres tienen que estar de acuerdo. La importancia de este primer requisito queda establecida con mayor claridad al expresar el tribunal que: "Es menester un acuerdo previo de que la patria potestad y custodia de sus hijos será compartida."[29]

---

[25] *Id* en 775.
[26] *Id*.
[27] C. CIV. P.R. art. 107, 31 L.P.R.A. secc . 383 (1993).
[28] Ex Parte Torres Ojeda, 118 D.P.R. 469, 480 (1987).
[29] *Id.* en 481.

En esta opinión elTribunal también reguló la concesión de custodia compartida. Para que el tribunal otorgue la patria potestad y custodia compartida, los cónyuges deben presentar una estipulación al tribunal en la cual así lo soliciten. Si no existe este acuerdo previo, el tribunal la adjudicará a uno sólo de los progenitores. En este escrito las partes deben exponer la información necesaria para que el tribunal pueda evaluar si este arreglo habrá de funcionar entre los ex-cónyuges que lo solicitan y si el mismo será beneficioso para los menores. El escrito incluirá lo siguiente:

1. los verdaderos motivos y objetivos por los cuales solicitan patria potestad y custodia compartida.
2. una descripción de la profesión u ocupación de cada uno, y si ésta puede ser un factor que impida que el acuerdo funcione.
3. una descripción específica del tiempo que pasará el menor con cada uno de los padres.
4. si el ingreso económico de cada parte admite costos adicionales que puedan generarse por la custodia compartida.
5. ubicación y distancia de ambos hogares (para evaluar si se afectaría la educación del menor).
6. educación del menor.
7 cuidado diurno.
8. otras áreas relacionadas a la crianza.

Una vez el tribunal posea esta información, procederá a evaluar el acuerdo. Lo primero a verificar es que el mismo no sea producto de la irreflexión o coacción.[30] Además, investigará si los padres "...poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente."[31] Esto implica que deben superar desavenencias personales y sostener adecuada comunicación para poder tomar decisiones que beneficien a sus hijos. Sobre este particular, el tribunal examinará las hostilidades y tensiones entre la pareja para determinar si son pasajeras o si, por el contrario, son sustanciales y

[30] Ex Parte Torres Ojeda, 118 D.P.R. 469, 482 (1987).
[31] *Id.*

podrían perjudicar el acuerdo. Se añade además, que se podrá "auscultar el parecer de los menores cuando la edad de éstos lo permita."[32]

Consciente de las objeciones generadas a raíz de esta decisión, la opinión mayoritaria se reafirma en su convicción de que la patria potestad y custodia compartida promueven el mejor bienestar del menor. Por consiguiente, aclaran que no se trata de una norma de excepción, sino de una alternativa más:

> Estas objeciones, aunque legítimas, no devalúan nuestro firme convencimiento de que la patria potestad y custodia compartida es un instrumento positivo y una solución adicional que los tribunales poseen en el delicado descargo de su función de parens patriae, para enfrentar el serio problema de las relaciones entre padres e hijos ante la ruptura del vínculo matrimonial. Convencidos como estamos, habremos de abstenernos de clasificarla a priori como una norma de excepción. Debe estimarse como una alternativa más.[33]

III. Desventajas del estado de Derecho vigente

A. Discrimina en base a género

En nuestro ordenamiento jurídico actual, en lo que respecta a la adjudicación de custodia de hijos menores después de un divorcio, permea el discrimen en base a género. Las estadísticas reflejan que en el 96.4% de los casos la custodia se le otorga a la madre, en el 2.5% a los padres y en el 1.1% se adjudica conjuntamente.[34] Al tomar las decisiones sobre custodia, nuestros tribunales se inclinan en favor de la mujer, negándole la igual protección de la ley a los hombres.

Así parece recononocerlo el Juez Asociado Hernández Denton en su voto particular emitido en el caso *Ex Parte Torres Ojeda* al señalar que:

> [l]a experiencia y análisis de la práctica judicial revela que el sistema de adjudicación de custodia en nuestro país ha resultado en una otorgación casi exclusiva de la custodia a las madres.[35]

Añade que:

---

[32] *Id.*
[33] Ex Parte Torres Ojeda, 118 D.P.R. 469, 483-84 (1987).
[34] MAYRA MUÑOZ, *supra* nota 6.
[35] Se basa en los mismos datos reportados por MARYA MUÑOZ, *supra* nota 6.

> [l]a preferencia por la madre, ... , responde a la visión estereotipada de la mujer según la cual se concibe que su única función social es la crianza de los hijos.[36]

En una clara referencia al caso *Nudelman v. Ferrer*,[37] el Juez Hernández Denton menciona además que en la jurisprudencia reciente también se evidencia la doctrina de preferencia materna cuando en igualdad de circunstancias la madre se presume mejor dotada para ostentar la custodia. En este caso el Tribunal Supremo expresa que si luego de analizar todos los factores la madre se encuentra esencialmente en la misma posición de los demás, incluyendo al padre, en ausencia de circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario, la custodia debe serle adjudicada. Aquí se ve claramente el discrimen en base a género. ¿En qué se fundamenta el Tribunal para preferir a la madre? En nociones estereotipadas y arcaicas del significado de padre y madre.

Señala nuestra más alta curia que:

> Generalmente la madre, por ley natural no escrita...y arraigada profundamente en nuestras conciencias...es la persona que con más dedicación, celo y cariño cuida de sus hijos.[38]

Añade que:

> Nuestra visión de pueblo fundada en la realidad de una cultura de origen hispánico...percibe a la mujer como el alma en que se desenvuelve la vida familiar.[39]

Aunque el tribunal asegura que estos señalamientos no devalúan la importancia de la figura paterna, expresa que los padres, "aunque en apariencia y de ordinario sean menos expresivos, también comparten un ideario y una esperanza hacia el bienestar de los hijos." Tales expresiones resultan impactantes al venir de un foro tan educado y distinguido como lo es el Tribunal Supremo de Puerto Rico. ¿Qué evidencia tiene al respecto nuestro Tribunal? ¿Será que decidieron tomar conocimiento judicial de lo poco “expresivos” que son los padres puertorriqueños? Estas expresiones denotan claramente que, incluso en nuestro más alto

---

[36] Marcia Rivera Quintero, *Las adjudicaciones de custodia y patria postestad en los Tribunales de Justicia de PR*, 39 REV. COL. ABO. P.R. 177 (1978).
[37] 107 D.P.R. 495 (1978).
[38] Nudelman v. Ferrer, 107 D.P.R. 495, 512 (1978).
[39] *Id.*

foro, permea la visión estereotipada, arcaica e irreal del significado de la paternidad para el hombre puertorriqueño.

En unas notas al calce en este mismo caso, el Tribunal menciona que en otras jurisdicciones está expresamente prohibido discriminar en contra del padre en la otorgación de custodia. Reconocen además que el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha clasificado esta preferencia por la madre como sospechosa y sujeta a un escrutinio estricto por parte de los tribunales. En otras palabras, el Tribunal Supremo de Puerto Rico está consciente que la práctica de otorgar la custodia a la madre es discriminatoria en base a género y raya en la inconstitucionalidad, pero, aun así, se reafirma en la preferencia expresa por la madre.

El Tribunal Supremo y sus Jueces Asociados no son los únicos que están conscientes de este discrimen. Varios investigadores psico-sociales han podido identificarlo mediante sus estudios. Marcia Rivera Quintero nos informa que, a pesar de que la ley vigente establece que la custodia debe otorgársele al cónyuge más idóneo, en la realidad, ésta se le delega a la mujer debido a la fuerte ideología maternal imperante.[40]

Los padres no custodios también se han percatado de esta práctica discriminatoria. Con ánimo de "darle voz" a aquellos que por lo general no son escuchados, consideremos lo que tiene que decir al respecto un padre no custodio puertorriqueño:

> Que es como decir, que la mujer es quien tiene todo por ley, por ejemplo, un caso que tú te divorcias, de la misma sentencia hay pensión alimenticia, donde la misma dice que tú tienes derecho de ir a buscar ese hijo, tenerlo contigo. Yo voy a buscar ese hijo y no está. Tu dejas de pasar la pensión alimenticia, inmediatamente te van a buscar arrestao. Ahora si tú vas a la corte y dices, mira mi ex mujer no me deja ver a mi hijo y ni te hacen caso. O sea, que hay, yo diría, un desbalance, donde la ley está balanceada solamente hacia las mujeres y esto está creando un conflicto con los hijos.[41]

Estas son las expresiones de un hombre divorciado, padre no custodio, participante en uno de los grupos de discusión del estudio de Mayra Muñoz Vázquez y Edwin Fernández Bauzó anteriormente citado. Los participantes de este estudio manifestaron haber sufrido discrimen en los procesos legales del divorcio, adjudicación de custodia y pensión alimentaria. Los investigadores, a su vez, concluyen que el sistema

---

[40] MAYRA MUÑOZ, *supra* nota 6, en 22.
[41] MAYRA MUÑOZ, *supra* nota 6, en 120.

judicial está perpetuando el discrimen por sexo, especialmente a través de sus decisiones al adjudicar custodia de los hijos. Señalan además, que el otorgarle custodia a la madre impide que el padre tenga una relación continua con los hijos.

Si quedase alguna duda en torno a la realidad del discrimen en base a género en el proceso de adjudicar custodia de los hijos menores en Puerto Rico, observemos los hallazgos de la Comisión Especial para Investigar el Discrimen por Género en los Tribunales de Puerto Rico. En el informe rendido por dicha Comisión se señala lo siguiente: "En las determinaciones sobre la patria potestad y la custodia a las mujeres que las solicitan generalmente se las conceden por razón de su género y a los hombres que las solicitan generalmente se las deniegan por razón de su género."[42]

Es claro que se discrimina en favor de la madre. Lo que procede entonces es cuestionarnos las razones para ese discrimen y si las mismas son o no justificadas.

1. "Motherhood Mystique"

Al destacar que la decisión de mayor importancia, y la más dolorosa, que tienen que hacer los padres al divorciarse es quién ostentará la custodia de los hijos, el doctor Warshak señala que sólo una mínima parte de las parejas que se divorcian consultan psicólogos o abogados para determinar con quién estaría mejor el niño. Esto se debe a que la mayoría de las parejas acatan ciegamente el mandato cultural que les releva de esta responsabilidad de hacer una determinación sobre este asunto. La cultura dicta el mismo arreglo para todos los casos: los niños deben permanecer con la madre. Este dictamen cultural se basa en dos supuestos: 1) que la mujer por naturaleza está mejor capacitada que el hombre para cuidar de sus hijos, y 2) que las madres son más importantes para los niños que los padres. Estas creencias configuran lo que el autor llama el "motherhood mystique". Utiliza el término "mística" porque considera que no existe base racional para estas aseveraciones. Su posición es clara: "La crianza de los hijos no debe ser un área

[42] RUTH ORTEGA VÉLEZ, LO QUE TODA PERSONA DEBE SABER SOBRE EL DIVORCIO, 23 (Ediciones Scisco, 1998) *citando a* Informe de la Comisión Especial para Investigar el Discrimen por Razón de Género.

exclusivamente femenina, así como el trabajar fuera de la casa no debe ser el dominio exclusivo del hombre."[43]

Las expresiones de nuestro Tribunal Supremo en torno a la superioridad de la madre, discutidas en la sección anterior de este escrito, son un claro ejemplo de lo que el doctor Warshak ha denominado el "Motherhood Mystique" o la Mística de la Maternidad. Estas nociones precisan ser suplantadas por un entendimiento claro de la capacidad de los padres para cuidar de sus hijos y la importancia de los mismos para el desarrollo pleno de los menores. La siguiente sección provee datos relevantes para esta urgente tarea.

2. Capacidad de los hombres para cuidar de sus hijos

Nuestra sociedad (y el actual sistema de custodia monoparental) funciona bajo la creencia de que los hombres, por naturaleza (o como diría nuestro Tribunal Supremo: "por ley natural no escrita"[44]), son menos capaces que las mujeres para cuidar a un recién nacido. Los psicólogos Ross Parke, de la Universidad de Illinois, y Douglas Sawin, de la Universidad de Texas, decidieron poner esto a prueba científicamente.[45]

---

[43] RICHARD A. WARSHAK, THE CUSTODY REVOLUTION : THE FATHER FACTOR AND THE MOTHERHOOD MYSTIQUE 17-18 (Poseidon, 1992).
[44] Nudelman v. Ferrer, 107 D.P.R. 495, 512 (1978).
[45] Ross Parke y Douglas Sawin, *The Father's Role in Infancy: A Re-Evaluation*, 25 FAMILY COORDINATOR 365-71 (1976).

Para medir adecuadamente la "capacidad para cuidar a un infante" utilizaron como variable cuán acertadamente cada progenitor podía "leer" y responder a las señales de su bebé durante el proceso de alimentación (cada padre le daría leche en botella al hijo durante el estudio). Los investigadores encontraron que los padres eran igual de sensibles que las madres a las señales del bebé. Al igual que las madres, los padres respondían a las señales (toser, rehusarse a tragar, llorar, etc.) de su bebé retirando la botella, observando al infante más de cerca y con mayor cuidado y hablándole. Los resultados del estudio también señalan que la cantidad de leche consumida por los recién nacidos resultó ser casi idéntica en ambas situaciones; es decir, ingirieron la misma cantidad de leche independientemente de quien los estuviese alimentando. Tomaron con el padre igual cantidad de leche que con la madre.[46] También se ha encontrado que los hombres poseen la misma sensibilidad que las mujeres para reconocer y discriminar entre diferentes patrones de llanto.[47]

El doctor Pruett, psiquiatra en la Universidad de Yale, se ha dedicado al estudio de padres que se quedan en el hogar criando a sus hijos, padres que él llama "primary nurturing fathers". Pruett resume sus hallazgos señalando que no hay duda que los padres (los hombres) son capaces de cuidar efectiva y amorosamente a sus hijos, incluso a los recién nacidos.[48]

Estos resultados no se limitan a la población estadounidense. Estudios con padres latinos también reflejan la disponibilidad y capacidad del padre para cuidar de sus hijos.[49] También, hay estudios específicamente sobre padres puertorriqueños que contradicen las imágenes estereotipadas que se tienen sobre éstos. Uno de estos estudios concluye lo siguiente:

> The Puerto Rican men in this sample do not fit the stereotypes about their lack of involvement with young children and authoritarianism traditionalism in parent-child relationships that is so common...These fathers' degree of involvement parallels more contemporary findings that suggest that Latino

---

[46] *Id.*
[47] A.M. Frodi, *Fathers´and Mothers´Responses to the Faces and Cries of Normal and Premature Infants*, 13 DEVELOPMENTAL PSYCH. 490-98 (1978).
[48] KYLE PRUETT, THE NURTURING FATHER 30 (Warner Books, 1987).
[49] *Véase*: D.R. Powell, *The Responsiveness of Early Childhood Initiatives to Families,* 15 MARRIAGE AND FAMILY REV. 149-70 (1990)*;* y Phyllis Bronstein, *Differences in Mother´s and Father´s Behaviors Toward Children: A Cross-Cultural Comparison,* 20(6) DEVELOPMENTAL PSYCH. 995 (1984).

> American fathers in general are nurturing and companionable to their children.[50]

3. Importancia de la presencia del padre en el desarrollo de los niños(as)

A pesar de que los primeros estudios en relación al desarrollo de infantes giró en torno al apego entre madre e hijo(a), numerosos estudios nos señalan que, sin lugar a dudas, ese apego el infante también lo desarrolla hacia el padre. Este apego o "attachment" con el padre se desarrolla durante la misma época o etapa en la cual se establece también el apego a la madre.[51] Por lo tanto, la creencia de que el padre es irrelevante en esos primeros meses de vida (durante los cuales el niño sólo reconoce y necesita a su madre) es errónea. La identificación con el padre impide además que el menor desarrolle una dependencia extrema hacia la madre. Se ha comprobado que esta condición dificulta el desarrollo social e intelectual del niño debido a que éste experimenta altos grados de ansiedad al verse separado de su madre (separación que tiene que darse continuamente a lo largo de su vida: por ejemplo, al tener que ir a la escuela). En muchos de estos niños esa ansiedad no cesa hasta tanto regresan al lado de su madre; por lo tanto, su interacción con otras personas no le es realmente provechosa y tratarán de evitar el ser separados de su madre. Al tener una relación estrecha con su padre, el niño no siente que su madre es lo único que tiene. Se siente más seguro y no desarrolla altos niveles de ansiedad al ser separado de ésta.[52]

El hecho de que un niño tenga la oportunidad de residir con su padre es de particular importancia para su desarrollo intelectual, emocional y psicológico. Se ha encontrado que los niños que no residen con su padre (como sucede con los niños de padres divorciados bajo un sistema de custodia monoparental) reflejan un cociente de inteligencia inferior y obtienen puntuaciones más bajas en destrezas verbales que los niños que cohabitan con su padre. Sobre el desarrollo psicológico y emocional, los

---

[50] Jaipul Roopnarine y Mohammad Ahmeduzzaman, *Puerto Rican Father´s Involvement With Their Preschool-Age Children,* 15(1) Hispanic Journal of Behavioral Sciences 104 (1993), citado en Fernando I. Rivera , The Role of Fathers in Latino Families (1997) manuscrito sin publicar.

[51] WARSHAK, *supra* nota 44, en 37.

[52] *Id.*

estudios demuestran que éstos están más propensos que los niños que viven con su padre a padecer de desórdenes emocionales y depresión.[53]

Las investigaciones sobre este tema han enfatizado unos efectos particulares para las niñas que no cuentan con la presencia del padre en el hogar. Expresan que tienden a ser más promiscuas que las niñas que tuvieron la oportunidad de residir con su padre, y experimentan mayor dificultad para establecer o mantener relaciones amorosas en la adultez. Además, reflejan una mayor incidencia de: embarazos fuera de matrimonio, divorcios y matrimonios posterior a un divorcio.[54] Biller y Salter concluyen lo siguiente en torno a la relación padre-hija: "A woman's ability to have a successful marriage relationship is increased when she has experienced a warm, affectionate relationship with a father."[55]

Sobre los efectos en los varones, los hallazgos han sido inconsistentes. Algunos reflejan una distorción en la identidad sexual que puede variar entre poca masculinidad y masculinidad exagerada. En lo que sí han coincidido es en que el nivel de agresividad aumenta y la labor académica se ve adversamente afectada.[56]

B. Efectos de la custodia monoparental

La actual práctica de custodia monoparental genera varios efectos adversos al fin que persigue: el mejor bienestar del menor. Entre estos efectos se encuentran los siguientes: 1) crea la figura del padre o madre no custodio; 2) impone una ardua tarea a la madre con custodia al obligarle a asumir el cargo de todas aquellas tareas que antes compartía con su excónyuge; y 3) no se toman en consideración las preferencias del menor. Uno de los efectos más perjudiciales del artículo 107 de nuestro Código Civil es que convierte a uno de los progenitores, por lo general al hombre, en padre no custodio. Estos padres no custodios enfrentan

---

[53] Deborah J. Johnson, Father presence matters: A review of the Literature, Toward an Ecological Framework of Fathering and Child Outcomes. (visitado en diciembre 1998) <http://www.upenn.edu/gse/ncoff/fatherlink/org/ncoff/litrev/fpmlr.htm>.

[54] S. McLanahan, *Intergenerational Consequences of Family Disruption*, 94(1) AM. J. OF SOCIOLOGY 130-52 (1988).

[55] H. BILLER y M. SALTER, FATHER LOSS, COGNITIVE AND PERSONALITY FUNCTIONING (1989); en D. DIETRICH (Ed.) THE PROBLEM OF LOSS IN MOURNING: PSYCHOANALYTIC PERSPECTIVES (1992).

[56] Johnson, *supra* nota 54.

cambios sustanciales que le afectan perjudicialmente tanto en lo psicológico como en lo económico.

1. La experiencia de ser padre no custodio

a. Impacto emocional

¿Cómo se sentiría usted si le dijeran que ya no puede vivir con sus hijos, pero puede ser su "visitante" dos veces al mes? Esta es la cruda realidad que deben enfrentar los padres puertorriqueños al divorciarse.[57] Es preocupante que la ley tenga el poder de interferir de esta manera con una relación tan privada, tan íntima y esencial como lo es la relación padre-hijo. Los niños de padres divorciados ven con mayor frecuencia a sus maestros y vecinos que a su propio padre. Al verse separado de sus hijos, el padre experimenta depresión y sentimientos de pérdida que le dificultan aun más que a la madre el proceso de divorcio. Se ha encontrado que:

> The condition of being a divorced parent without custody of children (the situation of most men in this category) is psychologically more risky than being a divorced parent with custody (as are most women in this category).[58]

En Puerto Rico, las investigaciones sociales demuestran que el sistema de adjudicación de custodia única (monoparental) con frecuencia produce dificultades para el padre no custodio en la relación con sus hijos. Al quitarle automáticamente la autoridad que antes compartía con el otro progenitor, el padre no custodio experimenta la pérdida de un vínculo con sus hijos e hijas y por lo general se minimiza el contacto con ellos.[59]

Es preciso señalar que el impacto emocional experimentado por los padres al perder la custodia de sus hijos es independiente de la participación que hayan tenido éstos en la crianza de los hijos durante el matrimonio. Los investigadores han encontrado que no existe una

---

[57] MAYRA MUÑOZ, *supra* nota 6 en 24.

[58] Joseph Gottmann, *The Divorced Father: A Review of the Issues and the Research,* 20(2) JOURNAL OF COMPARATIVE FAMILY STUDIES 248 (1989).

[59] Sterzinger v. Ramírez, 116 D.P.R. 762 (1985) citando a MUÑOZ VÁZQUEZ, EL SIGNIFICADO SOCIAL DEL DIVORCIO Y EL SISTEMA LEGAL: DERECHO DE FAMILIA Y CAMBIO SOCIAL (Centro de Investigaciones Sociales U.P.R., 1984).

relación sistemática entre ser padre antes y después de un divorcio. Es decir, el rol de padre durante el matrimonio no es un factor que predice el rol después del divorcio. Algunos padres que habían tenido poca participación en la crianza de sus hijos durante el matrimonio, luego del divorcio, se convirtieron en padres responsables y competentes; mientras otros que habían estado intensamente apegados a sus hijos encontraron que ser padre intermitente era muy doloroso y acabaron apartándose de sus hijos.[60]

No obstante, ya en Puerto Rico se reconoce que los padres modernos participan activamente en el cuidado de sus hijos, lo cual dificulta más el proceso de separación. Así lo sostiene nuestro Tribunal Supremo al expresar que:

> El padre no custodio pierde cierta autoridad real sobre los hijos que antes compartía con el ex-cónyuge; desaparece la libertad de compartir y disfrutar con ellos en cualquier momento que desee. A medida que los patrones familiares han cambiado en nuestro país y los padres comparten más el cuidado de sus hijos y las tareas en el hogar, más profundo resulta el impacto de la separación para el progenitor no custodio como para los hijos.[61]

A pesar de que "[e]l derecho a las relaciones paterno filiales debe entenderse lo más liberalmente posible sin escatimar el tiempo que el niño pueda estar con el progenitor que no lo tenga en custodia",[62] en la práctica esto se reduce drásticamente a la realidad de 2 fines de semana al mes. Es decir, 4 días al mes; lo cual equivale a 48 días al año. Si parece injusto que un padre comparta con su hijo solo 48 días al año, añadámosle el hecho de que cada dos semanas estas dos personas deben re-conectarse. Debido a que no hay continuidad en la relación entre el padre no custodio y su hijo (porque se ven por dos días y luego se desconectan por 14) cada nueva "visita" requiere un proceso de ajuste hasta que ambos vuelvan a sentirse acoplados. Se acoplan para luego experimentar la separación, lo cual es también muy doloroso. ¿Quién mejor para expresar este proceso y los sentimientos que genera en sus partícipes que un padre no custodio? Kip Eastman,[63] nos permite adentrarnos en su experiencia al confiarnos lo siguiente:

---

[60] James W. Loewen, *supra* nota 11.
[61] Sterzinger v. Ramírez, 116 D.P.R. 762, 773 (1985).
[62] Centeno Alicea v. Ortiz , 105 D.P.R. 523, 527 (1977).
[63] Kip Eastman es maestro y escritor radicado en California. Es además, un padre no custodio.

> [W]e are together so little. Every two weeks we make the transition from estranged correspondents to father and daughter. There is a brittleness about the first few hours; there is a melancholy about the last few. It leaves a painfully sweet day or two in between, a time that makes the repeated assault on both our sensibilities worthwhile.[64]

En busca de un espacio en el cual poder expresar sus problemas y angustias muchos padres no custodios en Puerto Rico, Estados Unidos, España, diferentes países de latinoamérica y algunos europeos han recurrido al ciberespacio. En ese espacio intercambian experiencias, anécdotas y anhelos de compartir más a menudo con sus hijos. En sus páginas cibernéticas los padres no custodios exponen las injusticias a las cuales son sometidos por estar bajo un sistema que favorece a la mujer sin atender a las necesidades y derechos de los padres y de los hijos.

Algunas de estas páginas incluyen información jurídica sobre custodia, patria potestad, divorcio y patrones de visita para el padre no custodio. En esos espacios también se ofrecen alternativas para solucionar los problemas que enfrentan los padres no custodios y sus hijos. Consideramos que al ser la situación de los padres no custodios un problema legal (porque es la ley quien le "quita" la custodia a estos padres) revestido de complejos sentimientos humanos, sería de gran utilidad que profesionales de la abogacía, jueces, trabajadores sociales, legisladores y todo aquel involucrado en el sistema de adjudicación actual de custodia visite estas páginas. Esto permitirá que se familiaricen con las repercusiones del artículo 107 de nuestro Código Civil en la vida de padres e hijos. Tendrán también la oportunidad de evaluar las alternativas que estos padres proveen para mejorar nuestro sistema de custodia de menores.[65]

No cabe duda que los nuevos límites que impone el ordenamiento jurídico a la relación padre-hijo con posterioridad a un divorcio tiene serias implicaciones emocionales para el padre no custodio. Lo único que le queda es su derecho a visitas, lo cual se ha visto es problemático

---

[64] Kip Eastman, JUST VISITING, IN FATHERS SONS AND DAUGHTERS: EXPLORING FATHERHOOD, RENEWING THE BOND 179 (Charles Scull ed., 1992).

[65] Visite: Alianza Puertorriqueña de Padres No Custodios <http://welcome.to/padres.nocustodios> y Asociación de Padres y Madres No Custodios de Puerto Rico <http://www.divorcio.net>. En estas páginas se proveen "links" a otras páginas internacionales.

ejercer. Nuestro Tribunal Supremo reconoce que "[l]a experiencia en nuestros tribunales revela que con posterioridad al divorcio se crean serios problemas en la forma en que se llevan a cabo estas relaciones [paterno filiales], tanto en divorcios contenciosos como en los divorcios por mutuo consentimiento."[66]

b. Sabotaje de visitas

En muchas ocasiones las madres custodias interfieren con el horario de visitas del padre no custodio. Esta conducta, a parte de constituir desacato, tiene serias implicaciones para la salud psicológica y emocional del padre no custodio y de sus hijos. Cuando a un padre no custodio se le niega acceso a sus hijos o se le amenaza con la pérdida total o parcial de contacto con éstos, está propenso a sufrir disturbios psicológicos. El Dr. John Jacobs le ha llamado a esas repercusiones psicológicas adversas el "Involuntary Child Abscence Syndrome" o Síndrome de la Ausencia Involuntaria del Niño. Los padres que padecen esta condición desarrollan altos niveles de ansiedad, coraje y depresión ante la ruptura de la relación padre-hijo(a). Jacobs señala que los niños que se les priva de la compañía de su padre no custodio desarrollan los mismos síntomas.[67]

Las madres tienen diversas maneras de interferir con el plan de visitas; estas prácticas (si en efecto la madre interfiere) varían de caso a caso. Sin embargo, diversos estudios psico-sociales han identificado ciertos patrones comunes de conducta para dificultar las visitas. Una de las formas de interferir con las visitas del padre no custodio es planificar una actividad divertida para los niños a la misma hora que se supone que estén con el padre (o sea, durante el tiempo designado por el tribunal para que el padre ejerza su derecho de visita y se relacione con sus hijos). El doctor Warshak nos ofrece un ejemplo de esta conducta al narrar un caso en el cual la madre matriculó a los niños en una clase en el museo. Dicha clase se reunía todos los sábados durante cuatro horas. Esto disminuía el tiempo del padre con sus hijos a la mitad de lo que le correspondía.

---

[66] Sterzinger v. Ramírez, 116 D.P.R. 762, 773 (1985).

[67] JOHN W. JACOBS, INVOLUNTARY CHILD ABSCENCE SYNDROME: AN AFFLICTION OF DIVORCING FATHERS, IN DIVORCE AND FATHERHOOD : THE STRUGGLE FOR PARENTAL IDENTITY (John W. Jacobs ed., 1986).

Cuando el padre se opuso a que tomasen la clase, la madre lo hizo parecer como "el malo" ante sus hijos por privarlos de esa oportunidad.[68]

Otras madres dificultan las visitas criticando y ofendiendo a los padres cuando éstos llegan a recoger o a devolver los hijos. Esto hace la experiencia, que de por sí es desagradable, aun más difícil y puede llevar a muchos padres a incumplir con sus visitas. El no tener a los niños física y emocionalmente preparados para irse con el padre cuando éste los va a recoger es otra forma de sabotear el proceso. Una de las madres entrevistadas por Warshak utilizaba como estrategia comenzar un juego divertido con los niños justo antes de que llegara el padre a buscarlos. De esta manera, al llegar el padre los niños estaban tan involucrados en el juego que lo saludaban sin entusiasmo. De más está decir que dicho recibimiento hería los sentimientos del padre que llevaba dos semanas añorando el re-encuentro con sus hijos.[69]

Las madres más radicales simplemente le prohíben al padre buscar a sus hijos y se niegan a permitir las visitas. Ante tal situación, muchos padres optan por no buscar a los niños (y esperar a que el tribunal actúe) para que éstos no tengan que presenciar discusiones fuertes entre sus padres. Un estudio reciente encontró que entre 1/4 y 1/3 parte de las madres con custodia le habían negado al padre no custodio acceso a sus hijos en al menos una ocasión.[70]

Se ha mencionado también el término "Malicious Mother Syndrome (MMS)" o Síndrome de la Madre Maliciosa para describir a las madres que no sólo intentan alienar a sus hijos del padre, sino que también están dedicadas de lleno a su misión de herir a su excónyuge. Ira Turkat nos señala que las visitas de más de 6 millones de niños con su padre se han visto afectadas por la interferencia de la madre.[71]

Warshak aclara que algunas madres tienen preocupaciones genuinas sobre la seguridad de sus hijos al estar bajo el cuidado del padre. Por ejemplo, varias mujeres entrevistadas señalaron el alcoholismo de su excónyuge como un factor decisivo en su conducta de negarse a cumplir con las visitas. Sin embargo, existen otras madres que están tan enemistadas con sus excónyuges que, aunque éstos puedan cuidar muy

---

[68] WARSHAK, *supra* nota 44, en 79.
[69] *Id.*
[70] *Id.*
[71] Ira Daniel Turkat, *Management of Visitation Interference,* 36 Judges' J. 117 (1997).

bien a sus hijos, no pueden comprender la importancia del padre para sus hijos. En ocasiones, su deseo de "castigar" al excónyuge les impide percatarse del daño que le hacen a sus hijos al privarlos de la compañía de su padre.[72]

c. Impacto Económico

Como consecuencia del divorcio, el padre no custodio, además de perder contacto continuo con sus hijos y la libertad de poder compartir con ellos cada vez que lo desee, está también propenso a experimentar cambios en detrimento de sus intereses pecuniarios. Aunque se podría alegar que la solvencia económica de ambos excónyuges se ve afectada al liquidarse la sociedad legal de gananciales, existen circunstancias particulares que afectan únicamente al padre no custodio. Entre ellas se encuentran la obligación de pagar una pensión alimentaria a sus hijos menores no emancipados y la reciente legislación de Derecho a Hogar Seguro.[73]

La nueva legislación sobre Hogar Seguro[74] establece que se prohíbe la división de la vivienda que hubiere constituido el hogar del matrimonio al liquidarse la sociedad legal de gananciales cuando concurran unas circunstancias particulares. Los requisitos que deben estar presentes para que aplique la prohibición son los siguientes:

1. que el/la cónyuge custodio (por lo general la madre) reclame tal propiedad ganancial como hogar seguro; y
2. que los hijos o hijas del matrimonio:
   a. sean menores de edad; o
   b. estén incapacitados mental o físicamente
   c. sean dependientes por razón de estudios (esto está limitado, opera sólo hasta que el hijo cumpla los 25 años).

Dispone además, que el ex-cónyuge custodio que lo reclame puede también quedarse con aquellos bienes de uso ordinario de la vivienda.

---

[72] WARSHAK, *supra* nota 44, en 80.
[73] El Derecho a Hogar Seguro al que hacemos referencia no tiene relación alguna con el Hogar Seguro contemplado en las secciones 1851-57 de nuestro Código Civil.
[74] Ley Núm. 184 del 26 de septiembre de 1997.

Esto significa que el padre no custodio se quedará, al menos temporeramente, sin hogar y sin mobiliario. Debemos considerar que no todos cuentan con ingresos que le permitan comprar una nueva vivienda sin antes vender la actual. A pesar de ser esa propiedad un bien ganancial del cual él tiene una participación, se le está privando del use y disfrute de la misma. Además, se le impide enajenarlo. Esta legislación contraviene la naturaleza de la sociedad legal de gananciales, ya que la misma está supuesta a extinguirse al disolverse el matrimonio entre los excónyuges. Con esta ley, la existencia de un bien ganancial trasciende la existencia de la sociedad misma.

2. La mujer divorciada y la custodia monoparental

El rol de la madre divorciada con custodia de sus hijos menores se ha descrito como "un progenitor haciendo el trabajo de dos".[75] Esa madre que antes compartía la crianza de sus hijos con su excónyuge es ahora responsable por sí sola de todos los aspectos que afectan a sus hijos.

Debe, por ejemplo: despertarlos y vestirlos en la mañana; darles desayuno; empacar una merienda o proveerles dinero para que compren almuerzo; llevarlos a la escuela o coordinar transportación; recogerlos al salir de la escuela o coordinar transportación y/o cuido extendido; supervisar que hagan sus tareas, se bañen y cenen; llevarlos a prácticas de deportes, baile y otras actividades; levantarse de noche a atenderlos si éstos se enferman; llevarlos al médico; lavarles su ropa y mantener el hogar limpio, etc. Todo esto mientras, en la mayoría de los casos, mantiene un empleo a tiempo completo fuera de la casa.[76]

Esta ardua tarea, además de agotarla física y emocionalmente, le deja poco o ningún tiempo para su vida social o para sí. Este conjunto de condiciones afectan la calidad de la relación madre-hijo.[77] Lo ideal sería que ambos progenitores continuasen compartiendo las responsabilidades de crianza de sus hijos con posterioridad al divorcio.

3. Preferencias del Menor

---

[75] WARSHAK, *supra* nota 44, en 72.
[76] *Id.*
[77] *Id.*

El sistema actual de custodia monoparental no atiende verdaderamente los intereses del menor. Los niños han demostrado estar inconformes con este sistema. Estudios recientes revelan que los menores prefieren que el padre no custodio comparta regularmente con ellos y en su mayoría quieren aumentar el número de horas que pasan con su padre no custodio.[78] Estos niños no tienen acceso libre al padre no custodio y carecen de contactos más frecuentes con él. Los menores también expresaron el deseo de saber con anticipación cuándo el padre no custodio vendría a buscarlos y consideraron que no se les daba participación en los arreglos de visita.[79]

IV. La alternativa de custodia compartida

A. Concepto y Ventajas

El modelo de "custodia compartida" nace en reacción a las consecuencias negativas que conlleva la custodia monoparental. El sistema actual de custodia monoparental es uno de carácter adversativo, en el cual uno de los progenitores "gana" (le conceden la custodia) y el otro "pierde" (le quitan la custodia y le conceden derechos de visita).[80] Esta situación de ganador y perdedor intensifica las tensiones y resentimientos que de ordinario se configuran en un proceso de divorcio. Este tipo de arreglo promueve un mayor distanciamiento entre los progenitores; dificultando el que puedan cooperar en la crianza de sus hijos.

El concepto de custodia compartida parte de la premisa que el divorcio pone fin al matrimonio, pero no a los vínculos familiares. Aunque los progenitores ya no serán marido y esposa entre sí, siguen siendo padre y madre con relación a sus hijos. Debido a que la relación padre-hijo y madre-hijo continúa existiendo aun después del divorcio, es lógico concluir que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los progenitores con relación a sus hijos deben ser iguales a los derechos

---

[78] Sterzinger v. Ramírez, 116 D.P.R. 762, 774 (1985); citando a M.E. COLÓN, et al, PATRONES DE RELACIONES FILIALES Y FACTORES QUE FACILITAN U OBSTACULIZAN SU IMPLEMENTACIÓN, Oficina de Servicios Sociales, Centro Judicial de San Juan, 1984.
[79] *Id.*
[80] Holly Robinson, *Joint Custody : Constitutional Imperatives,* 54 U. CIN. L. REV. 27 (1983).

y responsabilidades que tenían con anterioridad al divorcio.[81] La alternativa de custodia compartida promueve la estabilidad de derechos y responsabilidades de los padres respecto a sus hijos y apoya la crianza compartida de los hijos procreados durante el matrimonio.

Es preciso distinguir entre custodia legal compartida y custodia física compartida. La custodia legal compartida implica que ambos progenitores comparten autoridad para tomar las decisiones que afecten a sus hijos (ej: a cuál escuela asistirán, tratamiento médico, etc.). También significa que ambos padres responden legalmente por los actos de sus hijos menores no emancipados. La custodia legal compartida no implica necesariamente que los hijos tengan que compartir igual cantidad de tiempo con cada progenitor. De esto se encarga la custodia física compartida. La misma implica que el tiempo en compañía del menor se dividirá más equitativamente entre los padres. No tiene que ser 50-50, puede ser 60-40, 30-70 o cualquier otro acuerdo que refleje mayor equidad que la custodia monoparental. De hecho, en Estados Unidos la mayoría de los arreglos son 70% del tiempo con la madre y 30% con el padre.[82]

Las posibilidades de arreglo bajo la custodia física compartida son muchísimas y variarán de caso a caso dependiendo de las necesidades del menor y las preferencias y circunstancias de cada familia. Por ejemplo, la custodia física se puede alternar cada dos semanas o cada seis meses o cada cuatro días, etc, etc. Uno de los modelos preferidos es semanalmente, ya que esto le da la oportunidad al niño de vivir con cada padre sin estar privado del otro por extensos periodos de tiempo. Lo esencial en este tipo de acuerdo es que sea flexible; es decir, que a medida que el menor crezca y sus necesidades e intereses varíen, el arreglo se vaya modificando para cumplir con su bienestar.[83]

La custodia legal compartida no siempre va acompañada de la física y vice-versa, aunque lo ideal es que concurran ambas. Mientras la legal funciona a un nivel psicológico (equiparando el "poder" entre los padres), la física tiene beneficios prácticos (se comparten las tareas y el niño puede mantener una relación estrecha con ambos padres).

La custodia compartida tiene muchas ventajas para todas las partes involucradas: la madre, el padre y los niños. Los niños necesitan a ambos

---

[81] *Id.*
[82] WARSHAK, *supra* nota 44, en 178.
[83] *Id.*

padres y se benefician al estar expuestos a ambos roles sexuales. Además, le brinda la oportunidad a los padres de ser verdaderos papás y no meramente un proveedor económico y un visitante. La madre se beneficia porque tiene con quien compartir la labor de criar a los hijos y las responsabilidades que esto implica. También se ha demostrado que los padres que tienen custodia física compartida son más diligentes en el pago de las pensiones alimentarias.[84]

Otra ventaja es que le aumenta al menor el acceso físico y emocional a ambos padres, pues interactuará con ambos padres frecuentemente. Esto facilita el que el niño perciba a ambos padres como una fuente de seguridad y amor y como modelos a emular. También, al aliviar las tensiones y complejidades inherentes a la maternidad a tiempo completo o a la falta de participación como padre, la custodia compartida tiene efectos psicológicos y prácticos positivos para los padres. Esta mejoría en el estado psicológico de los padres a su vez mejora las relaciones que tienen éstos con los niños, siendo así los niños quienes se benefician.

A la custodia compartida se le han hecho varias críticas. Una de ellas es que este arreglo aumenta la probabilidad de conflicto entre los padres al requerir interacción continuada entre dos personas divorciadas. Este argumento no tiene validez en el sentido de que los conflictos entre los padres existirán independientemente del arreglo de custodia que se establezca. Es la existencia del niño y no el arreglo de custodia el que hace necesario que las partes mantengan contacto. Existe evidencia señalando que el nivel de conflicto incluso disminuye con la custodia compartida.[85]

B. ¿Por qué no funciona *Ex Parte Torres Ojeda*?

A pesar de ser un adelanto el hecho de que nuestro Tribunal Supremo exprese la deseabilidad, de la custodia compartida y lo admita como una alternativa mas, los requisitos que le imponen hacen prácticamente imposible el que proceda en la mayoría de los casos. Al imponer como pre-requisito un acuerdo previo entre las partes, la mujer sigue estando en ventaja porque de ordinario ella es la que se va a oponer, pues sabe que si

---

[84] Nancy Ellen Yaffe, *supra* nota 10, en 158.
[85] Holly Robinson, *supra* nota 81.

lo hace obtendrá custodia total a su favor mientras que el padre obtendrá derecho de visitas.

El tribunal, parte de la premisa de que el acuerdo de custodia compartida solo funcionará cuando los partes tengan una buena relación entre sí y no tengan hostilidades. También está bajo la creencia de que la custodia compartida requiere comunicación y colaboración constante entre los padres. Ya hemos visto que los estudios demuestran que esta posición es errónea.

Contrario a la creencia generalizada, la custodia compartida no requiere un diálogo constante para tomar decisiones con respecto a la crianza de los hijos. Al menos no requiere mayor comunicación de la necesaria con la custodia monoparental con patria potestad compartida, que es lo que por lo general sucede en Puerto Rico. Aunque sólo uno de los padres tenga custodia, si la patria potestad es compartida, ambos tienen derecho a decidir sobre su educación y otros asuntos de importancia. Estas potestades no surgen de la custodia, sino de la patria potestad. El hecho de tener custodia compartida esto no implica que esa es la única situación en que esos padres se tengan que poner de acuerdo sobre esos asuntos.

En síntesis, a pesar de que es un adelanto el que la custodia compartida se contemple ahora como una posibilidad y el Tribunal Supremo reconozca que este arreglo de ordinario promueve los mejores intereses del menor, los requisitos que se le imponen la hacen casi inalcanzable. Además, demuestran que el tribunal no tiene un entendimiento claro de lo que implica la custodia compartida y los verdaderos beneficios que la misma trae.

C. Modelo para una ley de custodia que verdaderamente defienda los mejores intereses del menor: El caso de California

Un ejemplo de una ley de custodia que no discrimina en base a género es la ley de California, la cual especifica que las cortes *no* pueden preferir a uno de los progenitores como custodio en base a su sexo. En su artículo en torno a la ley de custodia de California, Nancy Ellen Yaffe[86] nos describe algunos requisitos para que una ley de custodia sea justa. Lo primero que señala es que debe ser equitativa para ambos progenitores (la

[86] Nancy Ellen Yaffe, *supra* nota 10.

madre y el padre) y a la vez enfocarse en los mejores intereses del menor. Debe ser neutral en base a género. Esto implica que no puede estar basada en roles estereotipados de lo que significa ser padre o madre. Un ejemplo de esta clase de estoreotipo es pensar que la madre provee cuidado y cariño mientras el padre provee sólo dinero. Otro ejemplo de lo que no es neutral en base a género es la doctrina de los años tiernos.

Resulta interesante su señalamiento a los efectos que la doctrina de los mejores intereses del menor (que es la que rige ahora en Puerto Rico) aparenta ser neutral en base a género en la letra de la ley, pero en su aplicación sigue favoreciendo a las mujeres y perjudicando a los padres, ya que aún se aplica como si fuera la doctrina de los años tiernos. Esto lo hemos visto claramente en las expresiones de nuestro Tribunal Supremo y en las estadísticas que reflejan que en más del 96% de los casos la mujer recibe custodia.

Para que una ley de custodia sea justa, debe además, facilitarle al menor relacionarse con ambos padres. Por esta razón, debe tener presunción de custodia compartida. Dicha presunción debe ser controvertible si a uno de los padres se le prueba que abusa del menor. La autora enfatiza el hecho de que debe probarse que en efecto hubo abuso; es decir, no es suficiente una mera alegación por parte de uno de los progenitores para que se le prive al otro de la compañía de su hijo.

La ley debe proveer mecanismos para prevenir que uno de los padres sabotee los acuerdos de custodia compartida. Sobre este particular señala que muchas madres deciden mudarse a otro estado para frustrar los acuerdos de custodia compartida e impedir las visitas de los padres. En California se ha establecido que al que se quiere mudar le corresponde el peso de la prueba y tiene que probar que la mudanza es en el mejor interés del menor. En California también se castiga a las madres que interfieren severamente con los derechos de visita del padre. Una de las maneras de castigar esta conducta es quitándole la custodia y dándosela al padre. Otro factor a considerarse al adjudicar custodia bajo la ley de California es cuál de los padres está más dispuesto a permitir que el niño visite al padre no custodio. Actualmente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico enfatiza que se debe tomar en cuenta este criterio.

Conclusiones y Recomendaciones

Hemos establecido que en Puerto Rico rige un sistema de custodia monoparental que no cumple con su propósito de atender los mejores intereses y el bienestar del menor. Dicho sistema tiene serias desventajas e injusticias que desencadenan en efectos adversos (psicológicos y económicos) para todas las partes involucradas. Existe un discrimen extremo y obvio en base a género que victimiza y castiga al hombre puertorriqueño al divorciarse. Al separalo de sus hijos y limitar su posición a una de "visitante" se le crean serios inconvenientes no sólo a él, sino también a sus hijos, pues los priva de la experiencia de tener un padre. Las madres, aunque favorecidas por el sistema, son también víctimas del mismo, pues acaban asumiendo demasiadas responsabilidades.

Ya conocemos la seriedad de los problemas que experimentan los niños que no pueden residir con su padre. ¿Vamos a permitir que nuestros niños se sigan afectando o estamos dispuestos a atemperar nuestro ordenamiento jurídico a esta realidad para así disminuir el impacto del divorcio en nuestros niños? Las injusticias del actual sistema tal vez pasaron desapercibidas a mitad del siglo XX, pero sería inaceptable comenzar el nuevo milenio con un sistema tan deficiente.

Consideramos que urge legislación que establezca en Puerto Rico una presunción de patria potestad y *custodia legal y física* compartida en todos los casos de divorcio. Dicha presunción, como todas, debe ser rebatible en casos en que a uno de los padres se le *pruebe* en el tribunal que abusa del menor. Para esto no deben bastar meras alegaciones de uno de los progenitores; debe ser un hecho probado. El arreglo de custodia compartida variaría de caso a caso dependiendo de las profesiones de los excónyuges y la distancia de los hogares y otros detalles mencionados en *Ex Parte Torres Ojeda.* No debe requerirse un acuerdo previo entre los padres para que pueda implantarse la custodia compartida, pues la misma debe concebirse como un derecho de ambos progenitores a continuar ejerciendo su paternidad o maternidad plenamente después de un divorcio.

Mientras tanto, si sabemos que los padres no custodios encuentran diversos obstáculos para ejercitar sus derechos de visita, debemos tipificar la intervención y sabotaje como un delito (al igual que se ha tipificado como delito el incumplimiento de pago de pensión alimentaria y la privación ilegal de custodia). Solicitamos además, respetuosamente

al Tribunal Supremo que revise el requisito de acuerdo previo entre las partes para que opere la custodia compartida, ya que si eliminan esto la norma incluida en *Ex Parte Torres* tendrá mayor aplicabilidad y será más justa.