

TENENCIA, CUSTODIA Y COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS

Nelson Reyes Ríos

*Profesor Principal de la Facultad de
Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

Marisol La Rosa Huamán y Luis Núñez Peunte

*Alumnos colaboradores del 5º Año de
Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: 1.- Introducción. Resumen. 2.- Derechos de los niños y adolescentes como Derecho Humano. 3.- La padrectomía. 4.- La custodia comparada: Una alternativa contra la disolución de la familia.

1. INTRODUCCIÓN

Los hijos menores de edad, requieren de una protección integral para su desarrollo y formación. Necesitan de cuidados, atenciones de salud, educación y fundamentalmente afecto. No se requiere de mayor esfuerzo y razonamiento para determinar, quienes estarán a cargo de dichas atenciones. Indudablemente los padres. Aquí tenemos que hacer una precisión. Hemos mencionado que por orden natural tienen que ser los padres, en el entendido que este calificativo solo pueden ser atribuidos a los que verdade-

ramente cumplen con estas sagradas atenciones, y los que no lo hacen reciben el nombre de simples progenitores. Lamentablemente en esta relación de padres e hijos, observamos en muchos casos que no se cumple con lo mínimo de estas atenciones, la pregunta que nos hemos formulado y seguiremos haciéndonos es POR QUE y QUE MEDIOS SE PUEDEN APLICAR SINO PARA REVERTIR ESTA SITUACIÓN, CUANDO MENOS AMINORARLA. Otra segunda precisión, a manera de conclusión adelantada, es que debemos propiciar en todos los niveles, la CULTURA DE CUMPLIMIENTO, que básico para alcanzar los objetivos propuestos, en este caso, sobre la protección de los menores de edad. Posiblemente en otro pronto trabajo, tendremos la oportunidad de tratar sobre este tema sobre la cultura del CUMPLIMIENTO indispensable en todas nuestras actividades.

La respuesta a esta interrogante y la proposición de posibles medios para aminorar, corresponden los objetivos del presente trabajo, que están basado en las siguientes fuentes.

- 1.- La temática analizada en la 2da. Comisión del X Congreso Internacional sobre Derecho de Familia, llevada a cabo en Setiembre de 1998, en la ciudad de Mendoza - Argentina, en donde se han expuesto innumerables trabajos referidos a la protección del menor, entre ellos lógicamente no podía faltar lo referente a la convención sobre los Derechos del Niño.
Participaron numerosos expertos en la materia, tanto de América como de Europa. Nos complace indicar que participaron de estos debates como delegados del Perú, el Dr. Carlos Cárdenas Quiroz, la Dra. Carmen Meza Ingar, la Dra. Margarita Reátegui y el suscrito.
- 2.- Así mismo, existe una obra especializada, que es la compilación de la legislación atinente a la niñez en las América, del Instituto Interamericano del Niño. Organización de los Estados Americanos, dirigidos por el Profesor Ubaldino Calvento Solari, Jefe de Asuntos Jurídicos.
- 3.- Resulta muy satisfactorio, hacer una mención a parte. Este trabajo tiene como base principal dos trabajos preparados por los alumnos de pre grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que son: Marisol La Rosa Huamán y Luis Carlos Núñez Puente, a quienes con mucho gusto y aprecio, los consideramos como nuestros colaboradores directos, y así cumplir con uno de los propósitos en la preparación de los trabajos.

RESUMEN:

En este resumen, hemos considerado importante y fundamental, resaltar al tema de los Derechos de los niños y adolescentes dentro de la Categoría de los DERECHOS HUMANOS, porque solo así entenderemos su verdadera dimensión, así como el nuevo

enfoque de estudio que tiene el Derecho familiar, que es su contexto de Derecho Social. Como consecuencia, surge el Principio enunciado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que es EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑO. Con estos temas, podemos entender todas las acciones que se tomen en la tenencia, cuidado y comunicación de los hijos. Con este enfoque, presentamos los trabajos de los mencionados alumnos sobre la pactación y la alternativa de la tenencia compartida.

2. DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO DERECHO HUMANOS

Esta afirmación, tiene un sustento si se quiere universal, por cuanto esta plasmado en un documento Internacional, suscrito y ratificado por la mayoría de los países, como es LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El 20 de noviembre de 1989, en la Cuadragésima Cuarta Asamblea de las Naciones Unidas se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Perú suscribe sin reserva la Convención el 26 de enero de 1990, aprobada por Resolución Legislativa Nro. 25278, del 3 de Agosto del mismo año de 1990. El 14 de Agosto del mismo mes se ratifica la Resolución Legislativa por el Señor Presidente de la República.

La convención entra en vigencia el 2 de Setiembre de 1990.

El profesor Ubaldino Calvento Solari¹, señala «De esta forma, la Comunidad Internacional ha dado un paso importante, al elaborar un instrumento que ofrece un marco jurídico vinculante, pasando de una declaración a una convención. Al mismo tiempo que tutela de modo más directo los intereses del niño, amplía la esfera de los derechos por proteger, dotándolos de un contenido más concreto y ofreciendo una nueva definición de los derechos del niño. En tal sentido, la Convención le reconoce al niño la condición de sujeto activo de derechos, otorgándole intervención en todos aquellos asuntos que interesan a su propia vida y a su destino.

El flamante instrumento representa también el cumplimiento de una nueva etapa en el proceso de creciente humanización del derecho Internacional. En este contexto, queda claro que el niño es titular de todos los derechos fundamentales de la persona humana,

¹ Calvento solaría, Ubaldino. Compilación de la legislación atiente a la niñez en las Américas.

ya que los derechos del niño no son otra cosa que derechos humanos del niño, y gozan, en principio, de todos los atributos y cualidades que distinguen a los derechos humanos. La Convención sobre los derechos del niño representa el acuerdo de la comunidad internacional sobre los principios básicos que han de orientar la política de protección de los Estados en el campo de la niñez».

Por lo tanto, la Convención sobre los Derechos del Niño representa un documento global e instrumento de derechos humanos.

En la legislación nacional, el Perú cumplió con el trámite de su ratificación, como se mencionó, por lo tanto constituye un instrumento de derecho positivo.

3. LA PADRECTOMIA. (Alumna: Marisol La Rosa Huamán)

Definición: Ectomía=Extirpación= (Eliminar en este caso al padre)

Las afirmaciones negativas del niño sobre la calidad del régimen de la visita con el progenitor sin la custodia justo antes o después de la misma se deben valorar con mucha cautela. El hijo puede estar actuando bajo la influencia del progenitor con el que convive, intentando agradarle. También es posible que, en respuesta a los conflictos entre sus padres, el menor presente un elevado nivel de sintomatología durante las visitas, de manera que utilice la ira para conseguir que los padres se comuniquen. Otro problema difícil de resolver, es el que surge cuando el progenitor sin la custodia se niega, total o parcialmente, al cumplimiento de las visitas acordadas o las decretadas por algún tribunal de menores o de familia.

En la literatura clínica y legal internacional se suele distinguir entre tres tipos de situaciones relacionadas con la interferencia en el régimen de visitas:

- 1).- Interferencia grave,
- 2).- El síndrome de alienación parental (SAP)
- 3).- El síndrome de la madre maliciosa.

1) En la interferencia grave²

El progenitor que tiene la tuición del menor o que ostenta la custodia, adopta una conducta

² «Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos». Madrid: Ediciones Pirámide.
«Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos». Madrid: Ediciones Pirámide.

de interferencia, pero sin un plan sistemático para romper la relación entre el niño y el progenitor sin la custodia.

De manera intermitente o transitoria la madre le niega las visitas al padre, bien directamente (informando al padre sobre sus intenciones) o mediante la utilización de estrategias pasivas (por ejemplo, procurando que cuando el padre vaya a recoger al niño no se encuentre nadie en casa, no contesta nadie el teléfono etc.). Las causas de este tipo de interferencia suelen ser el enfado con el ex cónyuge o ex pareja por alguna cuestión fácilmente identificable, problema personal no solucionado por el obstructor (por ejemplo el impago de la pensión de alimentos, los malos consejos de algún amigo, o peor aún. Por sugerencia de su asesor jurídico, etc.

2) El síndrome de alienación parental³

Consiste en el empeño del progenitor a cargo de la custodia (progenitor Tutor) por indisponer al menor en contra del otro progenitor, de manera que el hijo llega a desarrollar una actitud de crítica y/o rechazo injustificado y de aborrecimiento hacia el padre.

El progenitor a cargo del niño le enseña a percibir injustificadamente una serie de cualidades negativas del otro, causando de esta manera graves perjuicios a la relación del niño con el progenitor no residente, con un daño irreparable hacia el propio hijo, pues éste crecerá con conflicto de lealtades que jamás podrá superar, y por otra copiará esa forma de relación como un hecho normal sin serlo.

Según Richard Gardner son cuatro los principales factores que contribuyen al desarrollo de este síndrome.

A). En primer lugar, el lavado de cerebro consistente en la programación consciente del niño contra el otro progenitor visitador o el va a visitar a su hijo.

Por ejemplo, acusándole injustamente de haberlos abandonado o de irse con otra mujer, describirlo como alcohólico o realizando comentarios sarcásticos («por fin hoy tu maravilloso padre va a venir y se va a gastar algún dinero en ti»).

B). El segundo factor lo constituyen intentos más sutiles para programar al menor en contra del progenitor que no tiene la custodia. La madre realiza al hijo comentarios del tipo «Te podría contar cosas de tu padre... que te pondrían los pelos de punta, pero afortunadamente no soy de esa clase de mujeres que critica a un padre delante

³ RDNER, «El Síndrome de Alienación Parental», 1992, Segunda Edición. 1998.

de sus hijos». También puede actuar de una forma aparentemente «neutral», advirtiendo a los niños que la decisión de visitar o no al padre les corresponde totalmente a ellos los mismos hijos. Esta estrategia aumenta la indisposición de los niños contra el padre, desanimándolos al mantenimiento de interacciones y visitas. Otra estrategia a la que también suelen recurrir es hacer que los hijos se sientan culpables por desear mantener contactos con el otro progenitor. Así el niño puede sentirse culpable por «dejar sola a su pobre madre».

- C). En tercer lugar, habría que tener en cuenta los factores internos del propio niño. Normalmente, el vínculo psicológico que mantenía antes de la separación o divorcio con el progenitor tutor (madre) era más fuerte que el mantenido con el no tutor (padre). Por consiguiente, ante el temor de que el progenitor tutor (madre) lo abandone, el niño tendrá que aliarse con la madre.
- D). Finalmente, factores situacionales también pueden contribuir al desarrollo del síndrome. Por ejemplo, si un niño observa que su hermano es castigado por expresar sentimientos positivos hacia el padre, aprenderá a no expresar esos sentimientos abiertamente.

En definitiva, en el síndrome de alienación parental tanto el progenitor tutor (madre) como el menor comparten unas mismas creencias y conductas en contra del otro. En tales casos se produce una interferencia crónica de las visitas entre padre e hijo al haber sido aleccionado el menor para que se oponga totalmente a mantener contactos con su progenitor padre o parientes de éste último.

3) El síndrome de la madre maliciosa cumple cuatro criterios principales (Turkat)⁴

La madre intenta injustificadamente castigar a su **ex marido pareja**, interfiere en el régimen de visitas y acceso del padre a los niños, se produce un patrón estable de actos maliciosos contra el padre y, finalmente, el desorden no se debe a otro trastorno mental, aunque se pueda presentar simultáneamente.

El primer criterio (castigo injustificado del ex cónyuge) se puede producir indisponiendo a los menores en contra del otro progenitor, implicando a otras personas en sus actos maliciosos y/o a través de un interminable proceso judicial.

Turkat cita como ejemplos de estrategias empleadas por estas madres para indisponer al hijo contra el padre el mentir al niño diciéndole que están en la miseria porque el padre ha malgastado el dinero o incluso forzarle a acudir a un comedor de beneficencia.

⁴ L'express de 05/25/2006.

El objetivo del alienador es privar al progenitor que no tiene la custodia no sólo de pasar tiempo con sus hijos, sino de su etapa infantil.

La manipulación o implicación de otras personas en los actos maliciosos contra el ex cónyuge puede llegar hasta el extremo de mentir a terapeutas y jueces para conseguir que testifique a su favor.

El tercer componente del castigo al ex cónyuge es el recurso al litigio judicial como forma de garantizar un continuo enfrentamiento siendo frecuente, por ejemplo, que la madre presente denuncias por amenazas, malos tratos verbales, psíquicos o físico, abuso sexual o incluso de paternidad.

El segundo criterio para establecer la presencia del síndrome de la madre maliciosa son los intentos específicos para negar a los hijos las visitas regulares e ininterrumpidas del padre (por ejemplo, no estando en casa cuando llega para recogerlos o planificando otras actividades que coincidan con el horario de visitas), no permitir el acceso telefónico (por ejemplo, diciendo que los niños no están en casa cuando los llama el padre) e impedir la participación del ex cónyuge en la vida escolar y actividades extracurriculares de los hijos (por ejemplo, proporcionando falsa información sobre los horarios de las actividades o falsa información de los lugares a los cuales frecuenta).

El tercer criterio incluye un patrón de actos maliciosos hacia el ex cónyuge consistente en mentir a los niños (por ejemplo, contándoles que el padre no es realmente su padre, que no paga la manutención o que la maltrataba cuando estaban juntos), mentir a otras personas (por ejemplo, desprestigiando al ex marido ante sus compañeros de trabajo o incluso llegando a realizar falsas denuncias de abuso sexual) y violar la ley (por ejemplo, causando daños en la vivienda o propiedades del ex cónyuge o sustrayendo documentos importantes).

SITUACIÓN EN EL PERÚ

Es muy cierto que en el 95% de los casos la tenencia está siendo atribuida a la madre pero hay quienes opinan que lo que sucede es que los hombres no la piden, y posiblemente tengan razón, pero hay que aclarar que en muchos casos si no la solicitan no es porque no la deseen sino por las causas que a continuación detallamos.

La asignación de la tenencia a la madre es prácticamente automática cuando los niños son menores de 3 años, ya que así lo establece el artículo 84 de nuestro código del niño y adolescente. En esos supuestos, para un hombre solicitar la custodia, en circunstancias normales, es casi intentar oponerse a lo que la ley dice, salvando las distancias. La

ley dice que un delito debe ser penado y que a un hombre no se le debe dar la custodia de un hijo menor de 3 años si la madre es normal.

A muchos de padres se les ha negado la guarda y custodia de sus hijos en un proceso. Para un abogado es importante calcular bien las posibilidades de que el juez le conceda lo que pide para poder diseñar una buena estrategia; esto justifica que los hombres renuncien a solicitar la custodia con hijos de corta edad. Tienen derecho a solicitarla pero es una tontería. Nuestro Código Civil en su artículo 340, dice que los hijos varones mayores de 7 años quedan a cargo del padre y las hijas (TODAS) y así como los hijos menores de 7 años al cuidado de la madre, **DONDE QUEDO ESO DE QUE TODOS SOMOS IGUALES ANTE LA LEY, SIN DISCRIMINACIÓN POR SEXO, RAZA, CONDICIÓN SOCIAL, ETC.** A aquí se está discriminando al Padre varón y a la Hija Mujer. Los padres se ven limitados por la madre y parientes e inclusive, dependiendo del caso por la nueva pareja de la ex cónyuge.

Muchas veces niegan al niño para que los padres no puedan hablar con ellos. Muchos padres solo quieren tener a sus hijos tal igual como la madre. Con el actual panorama judicial, la mujer tiene tanta ventaja en ese sentido que no estaría dispuesta a aceptar otra cosa. No es reprochable, que los hombres renuncien a la tenencia de sus hijos a cambio de poder salvar la situación de la manera menos traumática posible. Pero es injusto que pasen a engrosar las listas de los que no han pedido la tenencia y que haya gente que use esos datos para intentar demostrar que los hombres no quieren la tenencia de sus hijos porque no la solicitan.

La afirmación de que los hombres no suelen pedir la Tenencia es demasiado pretenciosa, por que insinúa que los hombres no la quieren y por tanto no tienen tanto interés por sus hijos como las mujeres.

4. CUSTODIA-COMPARTIDA: UNA ALTERNATIVA CONTRA LA DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA. (Alumno Luis Carlos Núñez Puente)

1. Definición

El término «Custodia Compartida» -también denominada coparentalidad o responsabilidad parental conjunta- parece atentar contra las leyes físicas del espacio y el tiempo, bien es sabido que no se puede estar en dos lugares a la vez; sin embargo ese sería el razonamiento de los neófitos en este artificio virtual que es el Derecho.

Una apropiada definición, para los que gustan de no dejar escapar ningún elemento, puede ser: «La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres

separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales» (SALBERG). Otras disquisiciones más pragmáticas podrán encontrarse en la legislación de los estados norteamericanos, donde resaltan las expresiones «igualdad de derechos y responsabilidades» (Alabama, Michigan), «contacto continuo, frecuente y significativo» (Louisiana, Idaho, Montana), «bajo su cuidado y supervisión» (Missouri) y «acceso material a ambos (padres)» (Pensilvania). De cualquier modo todas las definiciones redundan en reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales.

No obstante no creo que se trate de redefinir nada, sino de aplicar a uno y otro padres el antiquísimo concepto de custodia.

Incluso algunos optan por obviar el vocablo, tal es el caso de la legislación francesa donde no encontraran los términos *garde* (custodia) en toda la Ley sobre la Autoridad Parental que entró en vigor el 5 de marzo de 2002 mientras que solo se habla de autoridad parental (*autorité parentale*) ejercida en coparentalidad (*coparentalité*). De modo similar sucede en las recomendaciones de su Comité redactor canadiense (puntos 5, 6 y 7) y que han desahuciado las palabras «custodia» y «acceso» por el de «coparentalidad».

Durante el debate parlamentario francés su principal promotora Sra. Segolène Royal -Ministra Delegada de la Familia- en su proyecto titulado «La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias» se deshizo de algunas otras categorías: «es preciso desterrar de nuestro vocabulario esa noción tan absurda como obsoleta del «derecho de visita y alojamiento». ¿Qué puede significar hoy para un padre el derecho de «visitar» a su hijo? ¿Cómo explicar a cualquier padre que no se trata de una prerrogativa discrecional, que su hijo le espera el tercer sábado del mes y que una falta a esa cita será vivida por el niño como un abandono?». Esta posición se fundamente en hacer nacer a institución de Custodia Compartida sobre la negación de todo concepto anterior respecto a custodia y así liberarla de ataduras retrógradas.

Sospecho que lo incomprensible no hay que buscarlo en las disquisiciones doctrinales, sino en la rica realidad, donde todo se entrelaza y es considerablemente difícil acotar términos.

2. Modalidades

La legislación que reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida, aunque establece

la obligación del juez de orientar y recomendar la alternativa Compartida (Francia Art. 373-2-12, Suecia). Hoy son incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial.

Existen tantas modalidades de Custodia Compartida como se pretenda, ya decía que es bien difícil acotar la realidad. Cada caso es muy particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, etc. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras y es la que dirime entre:

Custodia Física Conjunta: Cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo con uno u otro progenitor. A la vez esta puede tomar muchas manifestaciones, llegando incluso a situaciones tan creativas como que el menor habite en una misma casa y sean los padres quienes roten de domicilio. Es más usual en Francia. Las legislación norteamericana impone un mínimo de 35% de convivencia con cada uno de los padres a raíz de un estudio realizado por el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias (National Center for Health Statistics, NCHS 1995) que encontró gran disparidad en tales por cientos y propuso fijar una cifra mínima; actualmente los estados de más altos resultados son Montana (44.0%), Kansas (43.6%) y Connecticut (36.4%). **Custodia Legal Conjunta:** El menor reside exclusivamente con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño (California Art. 3003).

Específicamente en las normas norteamericanas tenemos que en algunos estados (California, Montana) la custodia compartida comprende tanto la custodia legal como la custodia física; mientras que la custodia legal conjunta ha sido ya adoptada por la práctica totalidad de los estados, y la custodia física conjunta es la fórmula considerada a priori como más idónea, las cuales además de ser respaldadas por las legislaciones individuales de los estados se encuentran recogida en la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños (Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, UCCJEA) de 1997.

En el caso de las Uniones de Hecho —heterosexuales, puesto que las homosexuales se encuentran en total desamparo— al nacer el niño se le reconoce la custodia a la madre o, de mediar acuerdo y se confirme la paternidad, se podrá establecer la custodia conjunta con iguales requisitos que la que se dictamina posterior al divorcio. Pero siempre debe regir el principio de protección a ambos padres, ejemplo de ello es el caso ELSHOLZ (2000) donde las Cortes Europeas condenaron a la Ale-

mania a pagar 47 600 DEM por los daños morales causado a un padre al que se le negó el derecho de visita a su hijo nacido fuera del matrimonio; pese a que el Código alemán (Art. 1626) establece el ejercicio conjunto de la tenencia (Personensorge) del hijo nacido bajo tales circunstancias. Las leyes suecas suman otra exigencia al asunto, al reconocer la custodia compartida en uniones de hecho solo cuando ambos padres sean de nacionalidad sueca.

3. Interés del menor

«El derecho de todo niño a ser educado y protegido por sus padres con respeto a su persona debe tener fuerza de ley» (ROYAL).

El interés del menor es un principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema, en concordancia con Convención sobre los Derechos del Niño: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular» (Art. 9.3). Es este también un principio consagrado por muchas constituciones, algunas de las cuales hacen de ello letra muerta el establecer en la legislación complementaria la sola posibilidad de la custodia exclusiva; tal es el caso de México que dispone en su carta magna «Los infantes tienen el derecho de convivir de manera plena con sus padres y madres, con su familia extendida, a menos que un juez determine lo contrario» (Art. 4) mientras se ponen trabas a las propuestas legislativas que se expresan en ese mismo sentido y que defienden la custodia compartida. Al respecto existe un histórico fallo de la Excm. Cámara Civil de la Capital Federal argentina (1998), «Nuestra Constitución Nacional ha consagrado en la cúspide de la pirámide los convenios y tratados internacionales al considerarlos complementarios de las disposiciones de la ley fundamental (Art. 75 inc. 22) Los señores magistrados deben operar considerando modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin necesidad de que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente abrogadas o reformadas», exhortando a los jueces a no seguir plenamente el Art. 264.2 del Código Civil argentino, el cual sin llegar a prohibir la custodia compartida no la legisla; esto parece un acertado paso de respeto al principio de jerarquía de las normas, sin embargo es reconociblemente precario que este asunto tenga como única solución la vía jurisprudencial y no la legislativa.

Según doctos estudios sociológicos la simple alternancia no provoca ningún trastorno en el menor, lo que sí puede ocasionar serios daños es la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres; aun así es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de uno de los padres durante la infancia y la adolescencia. «Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a

los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres» (JOAN.KELLY).

En efecto, importante doctrina y especialistas en psicología familiar como Richard A. Gardner, habían advertido sobre el denominado «Parental Alienation Syndrome» (Síndrome de Alineación Monoparental, PAS), fenómeno que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su custodia. El síndrome de alienación parental puede inducir en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica, inclinación al alcohol y a la droga y otros síntomas de un profundo malestar (FAMILYCOURTS). Así la Corte Suprema de Ohio (EEUU) planteo «Es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, y la dejación en esta obligación es tan dañina para el niño como la dejación en proporcionarle alimentación, vestido, o cobijo. Quizás es más dañino porque no importa cómo de bien alimentado o vestido pueda estar, un niño no puede ser feliz si no se siente amado por uno de sus dos padres» (Davis vs. Flickinger (1997), 77 Ohio St. 3d 415, 419). Matt O'Connor, fundador de los Padres-por-la-Justicia, (Fathers 4 Justice) en Inglaterra se ha expresado al respecto ante la morosidad de los legisladores británicos para asumir definitivamente la custodia conjunta, «Los Ministros no logran contrastar la orfandad de los niños y la explosión de la criminalidad de los-jóvenes».

La iniciativa de reforma impulsada por la administración Lionel Jospin escandalizó al mundo con párrafos como: «Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana» y «En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico»; sin embargo quedará para la historia como un colosal paso en la defensa de la Custodia Compartida. Tal posición es compendiada en las palabras de la ya citada Ministra de Familia: «La continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño, y después un derecho y un deber del padre».

Otras regulaciones se apresuraron en resaltar este principio. Así el Código de los Niños y los Padres sueco ha introducido la siguiente disposición: «el mejor interés del niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier arbitraje relacionado con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres». Canadá, intensamente conmovida por el caso Clayton Gilles, ha llegado a recomendar medidas específicas que permitan viabilizar este principio -que los niños sean oídos cuando se adopten decisiones en materia de responsabilidad parental que les afecten, que si es necesario sean representado por algún miembro de la familia extensa, etc.- y de forma general ha acreditado que «las determinaciones de coparentalidad (...) se basen en el mejor interés del niño» (Punto 15). Las leyes anglosajonas han llegado a establecer la presunción de que la custodia compartida es siempre coincidente con el mejor interés del menor (California Art. 3080, Louisiana 131c, Idaho, Missouri, Nevada 125.490.1); por supuesto, sujeto a pruebas en contrario. Otros estados -sin llegar a la presunción- manifiestan su beneplácito por la Joint Custody o Shared Custody (Alaska, Texas, Florida) y reconocen su estrecha relación con el interés del hijo, «El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño» (Art. 153.002, Texas).

La jurisprudencia también se ha expresado al respecto, marcando pautas el caso Elche donde el juez definió que la chica «ha sufrido la ausencia de una figura paterna que le ha ocasionado en la infancia déficit de desarrollo afectivo y en la adolescencia un daño psíquico-moral», reconociendo dicho fallo que la obligación de paternidad se extiende a aspectos no materiales y que el contenido de esta relación jurídica no es transformada por el hecho que haya acontecido un divorcio. O sea, la ley respalda el derecho y el deber de custodia como uno de los atributos de la Patria Potestad, a la vez que establece que el este derecho no se verá afectado por el divorcio de los padres; por lo tanto sería una incongruencia legal pensar que posterior a la separación un padre solo quedará obligado a la atención económica o fruslerías similares. Este conflicto de derecho fue uno de los argumentos más debatidos por los legisladores franceses, entre los cuales la parlamentaria Nelly Clin destacó por sus palabras: «La puesta en práctica de la residencia alterna permitiría a los padres ejercer realmente la patria potestad, aún cuando se piense que su aplicación será difícil. En efecto, no entiendo cómo puede ejercerse plenamente la patria potestad cuando sólo se ve al hijo un fin de semana cada quince días. No basta con ser titular de esa potestad», en consecuencia el artículo modificado del Código Civil Francés esclareció «La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad» (Art. 373.2).

El separar el menor de uno de sus padres implica someterlo a una semiorfandad artificial que bajo ninguna percepción lógica puede ser favorable a este. Personalmente considero que no debemos hacer a nuestros hijos sufrir por nuestra rusticidad e incapacidad de conciliación; apuesto por la Custodia Compartida como el mejor reflejo del interés del menor. Si dudan, prueben a preguntarle a un niño con que padre desea estar tras el divorcio.

4. Edad del menor

Ciertos especialistas catalogan de nociva la custodia compartida en párvulos, esto se conoce como «tender years doctrine» (Principio de la corta edad). Se resalta el papel de la madre como irremplazable en los primeros años de vida y se considera al padre como una figura secundaria y superflua. Así es el caso de la investigación «Joint Custody and the Preschool Child» (Custodia compartida y el niño en edad preescolar) la cual concluyó defendiendo la necesidad de establecer una edad mínima como límite para ser alcanzado por dicha institución (WALLERSTEIN y MCKINNON). Sin embargo recientes estudios lo contradicen, alegando que el contacto frecuente -aunque sean cortos- es aún más necesario en edades tempranas, en vista que se tiene menos desarrollada la memoria a largo plazo y se corre el riesgo de que haya un retroceso en las relaciones; aún cuando es imposible negar la necesidad biológica que une al menor con su madre. Este último es también el criterio de los legisladores, particularmente constatado en la reforma canadiense respecto a la custodia, titulado Informe del Comité Mixto Especial sobre Custodia y Acceso «For the sake of children» (Por el bien de los niños), el cual aclaró «La corta edad del niño no debe ser excusa para limitar su contacto con ninguno de sus progenitores» (Punto 8); de modo similar se plantea en los estatutos de Kansa «En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (infant) o del niño de corta edad (young child)» (Art. 16.3).

Otros han referido a la adolescencia como la edad en que los hijos requieren de patrones de conductas precisos y por lo tanto consideran contraproducente esta dualidad de custodias, sin embargo la tesis doctoral del California School of Professional Psychology «Children's adjustment in joint and single custody:

An Empirical Study» (Adaptación de los niños en situaciones de custodia compartida y exclusiva: estudio científico) refutó esta posición al realizar su análisis en niños de 12 años y apreciando más altos niveles de autoestima y adaptación en los niños en situación de custodia compartida (KARP).

La Institución estadounidense Children's Rights Council (Consejo de los Derechos del Niños) desarrollo el siguiente modelo orientador que establece la frecuencia de contacto con los padres en función de la edad:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

Sin embargo es criterio de los legisladores no ceder ante sectarismos y así lo defiende la legislación francesa, canadiense y anglosajona (Missouri, Florida). De modo que es un axioma irrefutable el no reconocimiento del factor edad para la adopción de la Custodia Compartida.

5. Sexo del hijo y de los padres

Con independencia del sexo del hijo es incuestionable que necesita de la presencia de ambos padres para una eficaz educación. Tomemos por ejemplo la relación hija-padre, existe un estudio interesante — «Clinical Observations Father Absence on Interferences of Early in the Achievement of Femininity» (Observaciones clínicas sobre las repercusiones de la ausencia temprana del padre en el desarrollo femenino)- que dejó al descubierto como niñas que sufrieron la separación de sus padres durante su estadio edípico manifestaron trastornos subjetivos (fobias, depresión, ansiedad...) en un 63% de los 150 casos estudiados (LOHR, MENDELL y RIEMER). «La sensación continua de ser valorada y amada como niña parece un elemento de especial importancia para afianzar la autoestima como mujer. Todo parece indicar que sin esa fuente constante de afecto, la autovaloración femenina de una niña no prospera» (KALTER), este es un elemento concurrente en el acervo de investigaciones que vienen avalar la necesidad de un eficiente contacto parental entre el progenitor y su hija.

Por su parte los padres —amen de que sean de un sexo u otro- requieren mantener un asiduo contacto con sus hijos. Ejemplos ilustrativo de acogida legal de este principio los tenemos en la iniciativa legislativa canadiense que prohíbe cualquier tipo de preferencia en función del sexo de los padres y en la norma de Nevada (EEUU), la cual cito textualmente: «No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea la madre o el padre del niño» (Art. 125.480.2).

El tema de la no discriminación de géneros es constantemente alegado por los defensores de la custodia compartida. Pese a que se maneja como criterio generalizado que las mujeres se oponen a esta institución -baste con recordar las declaraciones de la Asociación de Mujeres Juristas Themis y la mayoría masculina en la Marcha Pro la Custodia Compartida en España- lo cierto es que la custodia exclusiva generalmente le es otorgada a la madre y con ello se recarga excesivamente su responsabilidad para con sus hijos (MACCOBY, MNOOKIN y DEPNER). Además se discrimina al padre, pese a que es criterio unánime de los especialistas considerar al padre plenamente calificado para desempeñar su función, aún tratándose de la custodia exclusiva (CHRISTOFFERSEN). Es vital sobreponerse a estos prejuicios sociales, no es casualidad que las sociedades más flexibles en cuestiones de género sean quienes más rápidamente han acogido esta institución.

La Custodia Compartida favorece la colaboración entre ambos padres y limita las posturas egoístas o discriminatorias (PATRICIAN). La legislación norteamericana (Maine, Oklahoma, Missouri, Florida, Texas) se hace eco de ese precepto.

Oigamos el reclamo de Bethencourt Benítez, profesor titular de Psicología, en su estudio titulado «Custodia Compartida de los hijos»: «Señores legisladores y señoras legisladoras, si desean de verdad contribuir a superar esta fuerte confrontación social de género entre hombres y mujeres, encaren con seriedad y rigor las oportunas reformas legislativas que lo hagan posible, de lo contrario mucho me temo que la violencia de género no sólo no disminuirá, sino que seguirá en aumento».

6. Tiempo y Convivencia

Existe el mito de que la Custodia Compartida es el reparto equitativo del tiempo de convivencia del niño con cada uno de sus padres, sin embargo -como he venido argumentando- es preciso alejarse de interpretaciones simplistas. Efectivamente se trata de reparto equitativo, pero referido a los deberes y derechos de ambos padres para con sus hijos, y eso no entiende de límites temporales.

Aunque existe una tendencia impuesta por la ley francesa a encuadrar los períodos de alternancia en el marco de una semana -a juicio de Ségouéne Royal, «la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño»- pero esto nunca se ha de interpretar taxativamente y así lo ha puntualizado legislaciones estadounidenses como la de los estados Idaho (Art. 32-717b) e Illinois (Art. 750 ILCS 51602.1d).

Algunos defienden solamente el dilatar el régimen de visitas, aunque creo un absurdo pretender que las visitas sean sinónimos de auténtica convivencia; en sentencia

del 24 de febrero de 1999 por el Tribunal de Apelación de París se reconoció que el sistema clásico de residencia principal y derecho de visita contribuye a «debilitar el vínculo entre el hijo y el progenitor con el que no vive a diario».

Realmente solo mediante la Custodia Compartida se podrá satisfacer la necesidad de convivencia con ambos padre que reclama todo hijo (LUEPNIZT); la cual juega un papel vital en la adaptación al divorcio (PEARSON y THOENNES) y el logro de los resultados académicos en correspondencia con los anteriores (BISANAIRE, FIRESTONE y RYNARD). Por supuesto que en esto sale a correlación la distancia geográfica, de existir un mayor aislamiento se hacen más largos y menos frecuentes los períodos de alternancia, adaptado fundamentalmente al calendario escolar, y se corre el riesgo de heredar las mismas deficiencias de la custodia exclusiva; así de implacable es la física y sus reglas del espacio y el tiempo, la solución queda en manos de los padres.

Se ha hablado de un Libro de Paternidad para el padre que no esté ejerciendo la custodia, una especie de registro donde se consignan las notas y de todos los actos escolares (Francia, Anteproyecto español); además se harán ficha informativa con ambas direcciones y boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación y derecho de voto en las asambleas escolares para uno y otro padre. El Código de Texas prevé que el comienzo y el final de los períodos de convivencia alterna coincidan con los horarios escolares, de forma que los padres depositen y recojan a los niños en el colegio o la guardería, evitándose con ello las fricciones o la simple frialdad de trato en presencia de los niños y favoreciendo la participación de ambos padres en la vida escolar.

Igual obligación se genera en lo referente a los centros médicos, puesto que se debe permitir que ambos accedan a la historia clínica u otro dato pertinente (Canadá). Legislaciones como la francesa le reconocen al padre subsidios sociales, exenciones fiscales, reducción de tarifas en transportes y ayudas para vivienda y vacaciones. El anteproyecto de España pretende establecer un permiso de paternidad por 3 días.

Bajo ningún concepto se deben dar prioridades acorde a las condiciones económicas, eso sería subestimar todo lo que entraña una idónea educación, «El deber de los padres no se limita a la asistencia material, que no debe ser una coartada para desentenderse de lo esencial: la educación y los vínculos afectivos que deben seguir estrechando» (parlamentaria francesa Chantal Robín Rodrigo, en nombre de la Delegación para los derechos de la mujer). La regulación de Florida (EU) establece como uno de los factores a considerar a los efectos de compartición de la responsabilidad parental: «La capacidad y disposición de los padres a proporcionar al niño alimen-

tos, vestido, asistencia médica (...) y atender sus restantes necesidades materiales» (61.13.3b) mientras que la legislación de Wisconsin establece que «Ningún tribunal podrá denegar o conceder periodos de convivencia física por incumplimiento o cumplimiento de obligaciones financieras para con el niño» (Art. 767.24.4c).

La tendencia judicial ha de ser valorar la casuística y regirse por el mejor efecto para el niño y no por un sentido de justicia o equidad hacia los padres, «la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres» (Informe Reencuentro). Por lo tanto me parece poco producente el establecimiento de presunciones al respecto.

7.- Estabilidad

La estabilidad es vista en un doble aspecto y de ese modo desglosemos su análisis. Por un lado tenemos la Estabilidad Material, usualmente asociada a la estabilidad de domicilio u otros factores tangibles. Esta se ha convertido en caballo de Troya para los defensores de la custodia exclusiva, pues el hecho que el niño varíe de domicilio implica su adaptación a las características de distintos hogares, exigiría cierta cercanía entre las residencias de los ex cónyuges y -ya que hablamos de elementos tangibles- implicaría además más gastos una vez que se ha de proveer doblemente al menor de sus útiles. Sin embargo se trata de una posición sumamente controvertible, ya que por ejemplo el establecimiento de la custodia exclusiva —con su respaldo a un solo padre y el consiguiente enfrentamiento de estos- a conllevado que muchos padres decidan unilateralmente cambiar de residencia a fin de alejarlo del otro y el niño ha terminado enfrentándose a una peor situación de inestabilidad de domicilio; esto se frena en los regímenes de custodia compartida donde generalmente se exige el consentimiento del otro padre y/o el juez para cualquier cambio de vivienda (Ej.: Canadá insta a que se solicite dicha autorización con una antelación mínima de 90 días).

De cualquier modo creo que lo realmente importante es lo referente a la Estabilidad Emocional, la sensación de seguridad del menor referente al afecto de sus progenitores, y esto solo se logra preservando en lo posible la vida familiar del niño. La custodia compartida rompe el cliché del padre periférico -el que solo se ocupa de pensiones y visitas con fechas- es este el único modo que el niño perciba que puede contar con ese padre. A su vez los padres pueden auxiliarse en sus funciones de garantes de la educación e integridad del niño, de modo que este siempre sienta su presencia (BAUSERMAN). También contribuye a reducir considerablemente otros factores influyentes en la estabilidad emocional, tales como el maltrato físico, la interferencia del nuevo cónyuge, la culpabilización del progenitor no custodio y los incumplimientos de los pagos de pensiones.

Un buen censor de la estabilidad resultan los resultados docentes del menor, esto a hecho que muchos estudiosos centren en ello su análisis; a este fin investigaciones como las del Dr. Joan B. Nelly avalan que no es la custodia compartida un elemento distorsionador de la estabilidad.

El proporcionar al niño un medio seguro, con continuo contacto físico y emocional, ha sido preocupación de casi todas las legislaciones reguladoras a la relación filiatoria y no lo es menos en la leyes que respaldan la custodia compartida (Nevada NRS 125.460, Montana 40-4-222, Texas 153.251, Alabama 30-3-150).

Aprovechemos este espacio para referirnos a una acotación primordial: los supuestos de violencia doméstica y abuso sexual. Este es un argumento que usualmente se arguye a favor de la custodia exclusiva, «la concesión automática de la custodia compartida no es realista ya que puede ser perjudicial para las mujeres y los niños inmersos en situaciones de violencia doméstica», denunció un grupo feminista en el National Post (Canadá, 18 febrero 2002), ya que es un temor frecuente de ciertos padres el preocuparse por la posibilidad de que el niño sea dañado en su estancia con el otro padre; en mi criterio esto es transponer un tema en otro y no creo que la custodia exclusiva sea garantía de mantener exento al niño de maltrato, todo lo contrario, una vez que anula la acción reguladora que deben tener ambos padres entre sí (F.S. WILLIAMS, R.A. GARDNER). Pero lo que es cierto es que las leyes de custodia compartida también deben tener mecanismos previsores de este asunto, en los cuales no se podría reconocer la custodia al padre que perjudica y por lo tanto no se podría instaurar la custodia compartida; aunque esto es la excepción y no la regla (Texas Art. 153.001, Canadá). Siendo incluso la sola existencia de antecedentes de violencia doméstica una presunción que elimina toda posibilidad de constituir la custodia compartida (Iowa Art, ib, Montana 40.4.224.1). Con la misma exigencia la ley se ha expresado sobre las falsas acusaciones de maltrato y abuso sexual, las cuales -además de ser sancionadas penalmente por perjurio, agravio u obstrucción de la justicia- conlleva a que se valore como una falta grave a tener en cuenta en el fallo relativo a la custodia (Texas Art. 153.013).

8.-Mutuo acuerdo de los padres

Justipreciemos el mutuo acuerdo en dos momentos distintos del proceso: primero al optar por la custodia compartida y luego a la hora de acordar el plan de coparentalidad.

«Valorar la residencia alterna no es hacer de ella una panacea ni una obligación..., ni culpabilizar a las parejas que no recurran a esa modalidad», así sentenció la ministra francesa Segolène Royal, máxima defensora de la custodia compartida en ese país



que es además pionero de tales regulaciones. La posición de los legisladores es dotar a la familia de alternativas respecto al la custodia de sus hijos, no de imponer ningún modo en particular; así que siempre que haya concordia sobre una de las opciones legales se respetará la voluntad. El objetivo es simplemente «potenciar el mutuo acuerdo y fomentar el ejercicio de la responsabilidad de los progenitores», según aclaró Pilar Blanco Directora General de Registros del Ministerio de Justicia español, mientras mitigaba el revuelo social que vivió su país ante dicha reforma.

Por otra parte todas las legislaciones consultadas dan preeminencia al plan de coparentalidad presentado por los padres de mutuo acuerdo, siendo esta la situación ideal para establecer la Custodia Compartida (Alabama Art. 30-3- 153a, Michigan 722.26a e Illinois 750 ILCS 51602.1d). Se permite la posibilidad de presentar varios planes alternativos y someterlos a la determinación del juez para que precise el más apropiado (Kansas). La ley sueca exige que el acuerdo sea consignado por escrito, firmado por ambos padres y avalado por el Comité de Bienestar Social; y como nota discordante tenemos que se le ha otorgado a dicho documento la misma validez que una decisión judicial, lo que significa - entre otras cosas- que es ejecutivo por sí solo.

Para el resto de los casos el acuerdo se hace firme bajo sentencia y por supuesto también se somete a todos los efectos que la doctrina del Derecho Procesal le reconoce, «En caso contrario, no seamos ingenuos, se abrirá la caja de Pandora con todo su horrible contenido. (...) Todos los golpes bajos estarán permitidos para demostrar que la resolución adoptada no es buena. En definitiva, ¿quién será la víctima? ¡El niño! En efecto, mientras que los padres tengan comportamientos poco admisibles, el niño sufrirá», así patrocinó otra parlamentaria francesa, la Sra. Dinah Derycke.

9.-Mediación

Todo enfoque del divorcio que tenga como fin menguar la litigiosidad acarrea infaliblemente las fórmulas de conciliación extrajudicial previa, en las que el mediador desempeña una función medular, su actuar está destinado a precisar el modus vivendi del menor en el período posterior al divorcio. Por lo tanto en nuestro asunto es este un valioso escalón intermedio entre el acuerdo y la judicialidad, un punto neutral donde los padres reciben ayuda para lograr un arreglo que luego ha de ser ratificado por el juez facultado (Maine Art. 1653, Oklahoma Art 109h, Montana Art. 40.4.224). Trae como ventajas el lograr que las sentencias sean satisfactorias para ambas partes, ya que emanan de su voluntad: acortar el proceso, lo cual es una mira de todo conflicto de Derecho de Familia; y de paso aligerar el trabajo de los tribunales, permitiéndole más detenimiento en los casos de mayor complejidad.

Por ello una buena parte de las legislaciones dedicadas al tema han previsto los intentos de mediación como un requisito de procedibilidad sin el cual, por consiguiente, no se podrá acudir a la vía judicial, «Los progenitores deberán presentar un certificado de asistencia a tal programa de educación posterior a la separación como condición para reanudar el proceso de solicitud de una sentencia de responsabilidad parental» (Canadá); de modo similar se comporta en Francia y varios estados norteamericanos (Alaska Art. 25.20.080a). Entre las facilidades que se le dan a los padres tenemos la posibilidad de que elijan el mediador (Lousiana) y la facultad de asistir a la mediación por separado siempre que se presenten como mínimo una vez (Canadá).

En Suecia —donde desde el 1 de octubre de 1998 se modificaron las disposiciones del Código de los Niños y los Padres relativas a la custodia y al contacto— la mediación se ha viabilizado a través de los comités de bienestar social, los cuales prestan un servicio gratuito a escala municipal. Correlativamente en Valencia (España) existe una institución precursora en tales labores, cuya gestión es compartida por la administración municipal, autonómica, los colegios profesionales de abogados, psicólogos y trabajadores sociales, así como con la colaboración directa de los jueces de familia.

10.-Judicialidad

La intervención judicial puede ser tanto para ratificar o no el acuerdo de los padres como para solventar el asunto una vez agotada toda posibilidad de llegar a algún arreglo. Cuando se dictamina la custodia compartida por la vía litigiosa el juez se enfrenta a padres que no poseen una adecuada comunicación y conoce que su fallo estará en contra de la intención de uno de los progenitores, de modo que puede que en estos casos la Custodia Compartida no redunde en beneficio del menor. Por lo tanto la vía más adecuada es lograr que emane del acuerdo de los padres, enfatizar en que múltiples estudios sociológicos han demostrado que sería lo más acertado para la familia y en especial para el menor. Manteniendo a la vez la posibilidad de que el juez pueda dictaminar la Custodia Compartida -pues de lo contrario se puede ceder a arbitrariedades- y confiando en que el magistrado valore todas las circunstancias específicas del caso para lograr un fallo justo.

En ambas situaciones tendrá como elemento común la exigencia de consulta a organismos rectores del Bienestar Social antes de dictaminar (Ej.: Suecia). También se prevé que se tome en cuenta el sentimiento expresado por el niño, siempre que se cumplan las exigencias legales al respecto; la situación disponibilidad de los padres; la interacción del niño con a familia extensa; la adaptación del mismo a ambos

hogares, escuelas y comunidades; la presencia de actitudes violentas o cualquier otro antecedente al respecto; e incluso se prevé que se valoren los informes y contrainformes periciales si se han efectuado (Francia Art. 373-2-11, 12; España). Por lo general se prohíbe la posibilidad de custodia compartida si ninguno de los dos padres lo desean (Suecia). Las sentencias han de expresar claramente lo argumentos que llevaron a conceder una u otra modalidad de custodia (Maine Art. 1653.2a, Montana Art. 40-4-224.1, California Art. 3082, Iowa Art. 598.41, España STC 187/2000) y la carga de la prueba le corresponderá al padre que solicite la custodia exclusiva (Oklahoma Art. 110.1).

El juez se pronunciará respecto a la atención residencial del menor, la educación, la atención médica y odontológica, los gastos ordinarios y extraordinarios y cualquier otro asunto que considere pertinente (Ej. Florida Art. 61.13). Acreditados estudios demuestran que las familias disfuncionales solo se muestran cooperativas si la custodia es acordada judicialmente, ante las cuales se recomienda que el juez sea extremadamente minucioso (F.S. WILLIAM).

La ley francesa prevé por criterio general que se fije como fórmula provisional de custodia ante el desacuerdo irreconciliable de los padres la alternancia semanal del niño en la convivencia con ambos; a la vez que permite la modificación total o parcial en todo momento de dicho dictamen, siempre que sea instado a ello por ambos padres, por uno de ellos, por un miembro de la familia o por el ministerio público (Art. 373-2-1 3). Es sugerencia de la Comisión jurídica redactora que «en caso de desacuerdo de los padres sobre la residencia del niño, se conceda prioridad a la fórmula de la custodia alterna, que constituye una aplicación práctica del principio de ejercicio conjunto de la patria potestad.»

Para finalizar cabe resaltar la importancia de extremar toda circunspección siempre que se dictamine respecto a la custodia, «En los asuntos de separación matrimonial y de divorcio, así como en la fijación de las medidas provisionales, los que pueden resultar perjudicados en mayor medida son los menores, hijos del matrimonio que se encuentra separado o divorciado, por lo que se requiere de los Tribunales los mayores cuidados, siempre teniendo como centro de las decisiones judiciales el favor fuji, pues el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada» (Sentencia de 1 de septiembre de 1997, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia).

BIBLIOGRAFÍA

- Cantón Duarte, J., Cortés Arboleda, M. R. y Justicia Díaz, M.D. (2002). «Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos». Madrid: Ediciones Pirámide.
- Marie Huret. «Des Péres en Colère». L'EXPRESS, Francia. 25/05/06.
- Richard A. GARDNER, «El Síndrome de Alienación Parental», 1992, Segunda Edición-1998.
- Turkat ID: Visita a los Niños Interferida en el divorcio. Clinical Psychology Review. 1994.
- Salberg, Beatriz. «Los niños no se divorcian».
- Wallerstein, J.S. y McKinnon, R. «Joint Custody and the Preschool Child», Behavioral Sciences and the Law, v. 4, p. 169-183, 1986.
- Karp, E.B. «Children's adjustment in joint and single custody: An Empirical Study», Doctoral thesis 1982, Berkeley. UMI No. 83-6977.
- Lohr, R. y Mendell, A. «Clinical Observations Father Absence on Interferences of Early in the Achievement of Femininity» Clinical Social Work Journal, y 17, N°4, Winter, 1989.
- Kalter, Neil. «Long-Term Effects of Divorce on Children: A Developmental Vulnerability Mode (Efectos a largo plazo del divorcio en los niños: un modelo de vulnerabilidad del desarrollo)», American Journal of Orthopsychiatry, 57(4), octubre, 1987.
- Maccoby, E. E. y Mnookin, R. H. «Post-divorce families: Custodial arrangements compared (La familia tras el divorcio: comparación de medidas de custodia)», American Association of Science, Philadelphia. Mayo 1986.
- Christoffersenn, M.N. «Investigación en padre y niños de 3 a 5 años», Instituto de Investigaciones Sociales de Dinamarca.
- Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations.
<http://members.aol.com/StatutesP2/23.Cp.53A..html>
- Nevada Revised Statutes, Chapter 125.
<http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-125.html>
- Mississippi Code of 1972, as amended by Laws 2000.
<http://www.mscode.com/free/statutes/93/005/0024.htm>
- Florida Statutes Annotated. <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?Appmode=DisplayStatute&URL=Ch0061/titl0061.htm>
- Wisconsin Statutes and Annotations, chapter 767, Actions affecting the family.
<http://www.legis.state.wi.us/statutes/97Stat0767.pdf>
- Texas Family Code, chapter 153. Conservatorship, possession and access.
<http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa.OOI.5300.html#top>
- Code of Alabama, <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/22063.htm>
- Michigan Child Custody Act, <http://www.aaaalegalcenter.com/Joint.htm>