

**LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO POLÍTICA PÚBLICA EN
PUERTO RICO: ¿EL PRINCIPIO DEL FIN A LA VIOLACIÓN DE
DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS PADRES EN LAS SALAS
DE FAMILIA?**

ARTÍCULO

HIRAM M. ANGUEIRA*

Introducción	861
I. Derecho aplicable.....	863
A. Contexto histórico	863
B. Contexto legislativo	864
C. Contexto jurisprudencial	868
D. Consideraciones constitucionales	871
E. El proceso de adjudicación de custodia en Puerto Rico al presente.....	874
F. La Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia (Ley de Custodia Compartida).....	878
II. Discusión	881
A. El discrimen y los criterios de determinación de la custodia compartida	882
B. Los intereses económicos detrás de la custodia	886
III. Recomendaciones.....	891
Conclusión	893

INTRODUCCIÓN

TAN TEMPRANO COMO EN EL CUARTO AÑO DE ESCUELA SUPERIOR, CARLOS José y María Sofía se emparejaron. Innegablemente se amaban y querían pasar el resto de sus vidas cuidándose mutuamente y criando a sus futuros hijos. Así, en medio de sus clases de estudios sociales, mientras la maestra hablaba de la Constitución de Puerto Rico y sus cláusulas que prohíben el discrimen por razón de sexo, María Sofía le pedía a Carlos que se matriculara en la Universidad de Puerto Rico para nunca estar muy lejos el uno del otro. Carlos José, siempre pensando en el futuro, accedió y ambos empezaron a estudiar en Río Piedras en el otoño próximo.

* El autor es licenciado graduado *summa cum laude* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, ostenta un Bachillerato en Ciencias Políticas de la Universidad de Yale y es padre de Alejandro y Luca.

Los cuatro años de bachillerato culminaron y ambos se graduaron con honores. Luego de marchar a recibir el diploma, caminaron juntos a la iglesia para casarse y formalizar su compromiso. Las familias de ambos se sentían orgullosas de los logros de sus hijos y acordaron ayudarles a comprar un hogar. La vida les regaló suerte y, para el segundo aniversario de bodas, ya María Sofía tenía en sus brazos a Jorge Andrés y un año más tarde a Andrea María. Carlos y María se sentían felices, trabajando de igual a igual, cuidando de sus hijos y manejando todas sus responsabilidades en conjunto.

Así pasaron diez años hasta que poco a poco, más por desidia que por deseo, Carlos y María se alejaron uno del otro. Se enfocaban más en sus respectivos trabajos y amistades que en su relación. Aunque fueron a buscar ayuda a varios psicólogos, la realidad fue que Carlos decidió que no podía seguir casado con María. Para él, sus sentimientos hacia María habían cambiado y, aunque le daba mucha pena la situación, pensaba que era mejor no continuar viviendo una ilusión.

Por lo menos, pensó él, en su vida siempre estarían Jorge, Andrea y el recuerdo de los buenos tiempos que pasó junto a María. Carlos, pensando en el mejor bienestar de sus hijos, creía que lo lógico y natural sería que María y él se pusieran de acuerdo para continuar criándolos en conjunto, dividiendo el tiempo y la responsabilidad entre ambos.

Aunque Carlos siempre fue un excelente papá, muy involucrado en la vida diaria de sus hijos y feliz de compartir todas las responsabilidades, el ordenamiento jurídico del Estado Libre Asociado de Puerto Rico se encargó de destruir completamente a su familia. Primero, la Jueza que atendió el caso de divorcio redujo su estatus de papá co-criador a papá de visita, al solamente permitirle pasar dos fines de semana al mes con Jorge y Andrea. Segundo, le impuso una pensión alimentaria que cubría todos los gastos de vida de sus hijos y sobraban más de dos mil dólares mensuales para María, aunque ella era una empresaria exitosa que ganaba más de ochenta mil dólares al año. Tercero, ante su solicitud de custodia compartida, la Jueza declaró un no ha lugar, porque criar es “cosa de mujer” y, además, según alegó María, había mala comunicación entre ellos. Cuarto, la Jueza insinuó que lo que él realmente quería era reducir el monto de la pensión. Por último, la Jueza le retiró la patria potestad a Carlos, a solicitud de María, para que así no pudiese tener injerencia en los asuntos importantes de la crianza. Ante este panorama, Carlos llegó a considerar saltar al vacío desde el séptimo piso del Tribunal de Primera Instancia de San Juan.¹

La sustancia de este relato, aunque pudiera parecer inverosímil para quienes no han experimentado la normativa que rige el sistema de tribunales de familia del Estado Libre Asociado, es vivida día a día por miles de hombres y sus hijos e

¹ Para una referencia de incidencias similares véase *Violencia de género feminista: 12.765 españolas se suicidaron en 2010, el 70% estaban en periodo de separación*, SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (12 de octubre de 2011), <http://sindromealienacion.blogspot.com/2011/10/violencia-de-genero-feminista-12765.html>.

hijas en Puerto Rico. Mientras los líderes de la sociedad hablan de la importancia de la familia y de eliminar todo tipo de discrimen en la Isla, la normativa vigente en los Tribunales separa las familias por la fuerza y discrimina activamente contra los hombres por el mero accidente de haber nacido con un cromosoma Y.

Este artículo aspira a explicar las razones históricas, legislativas y jurisprudenciales que han llevado al presente ordenamiento jurídico de Puerto Rico a discriminar severamente contra el género masculino en materia de familia. Adicionalmente, y tomando como punto de partida la recién aprobada “Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia” (en adelante, Ley de Custodia Compartida),² se ofrecerán varias recomendaciones que, de implementarse, redundarían en beneficio del bienestar de la familia, independientemente de su metamorfosis tras la ruptura de una relación.

Para lograr estos propósitos, este artículo se ha dividido en tres secciones. En la primera sección, se trazará el desarrollo histórico de la normativa legislativa y jurisprudencial que rige las decisiones de los tribunales de familia, se expondrá la metodología de análisis aplicable a los casos en que se violan derechos constitucionales fundamentales—como es el derecho a la crianza y el derecho a no ser discriminado por razón de género—y se expondrá la nueva Ley de Custodia Compartida. En la segunda sección, se analizará la nueva Ley de Custodia Compartida para determinar si tiene el potencial de detener la violación de los derechos constitucionales de los hombres en los tribunales de familia. La tercera sección, finalmente, presentará una serie de recomendaciones cuya implementación redundaría en un sistema de tribunales de familia enfocado en proteger el bienestar de la familia puertorriqueña, independientemente de su forma presente o futura.

I. DERECHO APLICABLE

A. Contexto histórico

El discrimen siempre ha estado presente en la normativa de familia en Puerto Rico. Tan temprano como en las Leyes de Partidas, cuya autoridad legal se remonta al 1348 en España y cuya aplicación a Puerto Rico perduró desde 1492 hasta los años 1880's, la patria potestad era un derecho estrictamente perteneciente al padre y que incluía el tener autoridad sobre los hijos y la custodia o tenencia física de éstos.³ La madre, por tanto, no tenía ningún derecho sobre la

² Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, Ley Núm. 223 de 21 de noviembre de 2011, 2011 LPR ___, disponible en <http://www.oslpr.org/2009-2012/leyes/pdf/ley-233-11-Dic-2010.pdf>.

³ Sucesión Suro v. Sucesión Prado, 21 DPR 241, 249 (1943). Véase también II REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO X EL SABIO (1807).

TÍTULO 17

Del poder que tienen los padres sobre los hijos, de cualquier naturaleza que sean.

prole.⁴ Más adelante, la ley española de matrimonio civil de 1870, precursora de las secciones relacionadas a la patria potestad y custodia del Código Civil Español de 1889, establecería que “el padre, y en su defecto, la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados”.⁵ Esta normativa estuvo vigente desde que se hizo extensivo a Puerto Rico el Código Civil español en 1890 hasta que se enmendó en el 1976. Ese mismo año se enmendó el Código para dividirla equitativamente entre ambos padres.⁶

B. Contexto legislativo

La revolución industrial de Puerto Rico y el auge del movimiento feminista cambiaron de manera sustancial las prácticas sociales y, eventualmente, el Derecho positivo. La revolución industrial de la posguerra permitió la entrada de las mujeres al campo del empleo remunerado.⁷ La incorporación de la mujer a las relaciones de trabajo, además, cambió la naturaleza de la relación entre los se-

Ley 1: Patria potestas en latín tanto quiere decir en romance como el poder que tienen los padres sobre los hijos; y este poder en un derecho tal que tienen señaladamente los que viven y se juzgan según las leyes antiguas derechas que hicieron los filósofos y los sabios por mandado y por otorgamiento de los emperadores; y tienen sobre sus hijos y sobre sus nietos y sobre todos los otros de su linaje que descienden de ellos por la línea derecha, y que son nacidos del casamiento derecho.

...

Ley 3: Tórnase esta palabra, que es llamada en latín potestas, que quiere tanto decir en romance como poderío, en muchas maneras, a veces se toma esta por señorío, así como aviene en el poderío que tiene señor sobre su siervo, a veces se toma por jurisdicción, así como acaece en el poder que tienen los reyes y los otros que tienen sus lugares sobre aquellos a los que tienen el poder de juzgar; a veces, se toma por el poder que tienen los obispos sobre sus clérigos; y los abades sobre sus monjes, que tienen que obedecerles; y a veces se toma esta palabra potestas por ligamiento de reverencia, y de sujeción y de castigamiento que debe tener el padre sobre su hijo y de esta postrimera manera hablan las leyes de este título.

Id.

4 *Id.*

5 José María Castán Vázquez, *De las relaciones paterno-filiales*, en 2-III COMENTARIOS AL CÓDIGO CIVIL (Manuel Albaladejo & Silvia Díez Alabart eds., 2da ed. 1982), disponible en <http://vlex.com/vid/articulo-156-230479>.

6 El artículo 152, el cual estuvo vigente desde 1907 hasta 1976, leía:

La patria potestad sobre los hijos legítimos no emancipados corresponde, en primer término, al padre, y en ausencia, impedimento legal o muerte de éste, a la madre.

Los hijos ilegítimos, y los adoptivos menores de edad, estarán bajo la potestad del padre o de la madre que los haya reconocido o adoptado. Si ambos los hubieran reconocido o adoptado, será en ese caso aplicable lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

COD. CIV. PR art. 152, 31 LPRA § 591 (1993 & Supl. 2010).

7 *Ex parte* Torres, 118 DPR 469, 497-99 (1987).

xos⁸ y propició importantes cambios en la sociedad que desembocaron en nuevas leyes cuyo objetivo era igualar, por lo menos formalmente, los derechos entre los hombres y las mujeres.

Las reformas más significativas al Código Civil ocurrieron entre los años 1976 y 1980.⁹ En 1976, se enmendaron los artículos 152, 154, 162, 165, 233 y 237¹⁰ para declarar que, tanto al padre como a la madre, le corresponden la patria potestad sobre los hijos durante el matrimonio y para establecer que ambos, o quien ostente la patria potestad, administrarán los bienes de sus hijos menores de edad.¹¹

8 *Id.* en las págs. 497-99.

9 JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ, DERECHO CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO Y RELACIONES CONSTITUCIONALES CON LOS ESTADOS UNIDOS 869 (2009).

10 Antes de la reforma de 1976 el texto sobre patria potestad de los hijos leía:

La patria potestad sobre los hijos legítimos no emancipados corresponde, en primer término, al padre, y en ausencia, impedimento legal o muerte de éste, a la madre. Los hijos ilegítimos, y los adoptivos menores de edad, estarán bajo la potestad del padre o de la madre que los haya reconocido o adoptado. Si ambos los hubieran reconocido o adoptado, será en ese caso aplicable lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

COD. CIV. PR art. 152, 31 LPRÁ § 591 (1962).

El artículo 154 establecía que “[l]a administración de los bienes de los hijos que estén bajo la patria potestad pertenece, en primer término, al padre, y en ausencia, impedimento legal o muerte de éste, a la madre”. *Id.* § 611.

El artículo 162, sobre usufructo en caso de divorcio, establecía que “[e]n el caso de divorcio el usufructo de los bienes de los hijos no emancipados corresponderá, conforme a lo establecido en las secciones anteriores, al padre o madre a cuyo favor se hubiese dictado la sentencia de divorcio”. *Id.* § 619.

Con respecto a la patria potestad el artículo 165 contemplaba que “[l]a patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre, o en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil”. *Id.* § 633.

El artículo 233 leía como sigue:

El menor puede ser emancipado para regir su persona y administrar sus bienes, o para el solo efecto de la administración de los últimos por su padre, o en defecto de éste, por su madre, cuando dicho menor hubiese cumplido la edad de dieciocho años.

Esta emancipación tendrá lugar por la declaración del padre o de la madre, hecha ante notario público en presencia de dos testigos y con el consentimiento del menor.

Id. § 911.

Por último, el artículo 237 establecía que:

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegare a la mayor edad no podrá el emancipado contraer promesa u obligación alguna que exceda del importe de sus rentas por un año. Tampoco podrá gravar ni vender bienes inmuebles suyos sin consentimiento de su padre, en defecto de éste, sin el de su madre, y, en su caso, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

Id. § 915.

11 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 9, en la pág. 869.

En ese mismo año también se enmendó el artículo 107¹² para establecer que puede concederse a cualquiera de los padres la custodia y patria potestad de sus hijos no emancipados tras el divorcio, independientemente de quien fue declarado inocente o culpable en el proceso.¹³ Es importante considerar que, hasta ese momento histórico, en la vasta mayoría de los divorcios, había una parte victoriosa, concebida como inocente, y otra culposa. Los hijos se le adjudicaban a la parte que no fue responsable por la ruptura matrimonial, independientemente de su relación con cada uno de los padres. Según el Tribunal Supremo de Puerto Rico (Tribunal Supremo) declaró en *Mallen v. Vidal* en 1917:

La naturaleza de la custodia que se le concede a la parte inocente en un divorcio es la de disolver la relación legal que existe entre el padre culpable y el hijo. Esto está demostrado además por el artículo 175 [convertido al 107 en el 1930] del Código Civil, que dispon[ía] que: 'En todos los casos de divorcio, los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y patria potestad de la parte que lo hubiese obtenido; pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos'.¹⁴

La relación de la parte perdidosa con sus hijos, por ende, pasaba a ser una de carácter secundario.

En 1977 se enmendaron los artículos 156, 157, 159 y 160¹⁵ para establecer que la patria potestad se ejercería de manera conjunta por el padre y la madre sobre los

¹² El texto antes de la reforma de 1976 disponía:

En todos los casos de divorcio los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y patria potestad de la parte a favor de la cual se hubiera dictado sentencia; pero el 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. . . .

³¹ LPRA § 383 (1962).

¹³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 9, en la pág. 869.

¹⁴ *Mallen v. Vidal*, 25 DPR 669 (1917).

¹⁵ El texto del artículo 156 del Código Civil, antes de la reforma de 1976, establecía que "[p]ertenece al padre o a la madre en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiriera con caudal de cada uno de ellos. Pero si el padre o la madre le cediesen todo o parte de las ganancias, no se le imputarán en su herencia". 31 LPRA § 613 (1962).

El artículo 157, sobre bienes donados o legados para la educación de los hijos, establecía que:

Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes o rentas donados o legados para los gastos de su educación e instrucción; pero tendrán en su administración el padre o la madre, si en la donación o en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Id. § 614.

El artículo 159, sobre enajenación o gravamen de los bienes, disponía que:

El ejercicio de la patria potestad no autoriza al padre ni a la madre para enajenar o gravar bienes inmuebles de clase alguna, o muebles cuyo valor excede de quinientos dólares, pertenecientes al hijo, y que estén bajo la administración de aquéllos sin previa autorización de la sala del Tribunal Superior del lugar en que los bienes radiquen. . . .

bienes de los hijos menores de edad.¹⁶ En 1980 se enmendó el artículo 152 nuevamente para permitir que cualquiera de los padres con patria potestad pudiera consentir a intervenciones médicas de emergencia.¹⁷ Finalmente, en la década de los noventa se enmendó el artículo 98¹⁸ para “eliminar la preferencia a favor de la mujer para fines de la custodia provisional de los hijos en casos de divorcio”.¹⁹ No es hasta el 2011, sin embargo, que la Legislatura cambia el Código Civil para establecer que la custodia puede ser compartida por ambos padres. La nueva enmienda, que surge a raíz de la Ley de Custodia Compartida, modifica nuevamente el artículo 98,²⁰ para que el Tribunal considere la custodia compartida como primera opción al adjudicar la custodia provisional durante el proceso de divorcio.²¹

Id. § 616.

El artículo 160, sobre nombramiento de un defensor, establecía que:

Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, el Tribunal Superior nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El Tribunal Superior, a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del fiscal, o de cualquier persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de este, a otro pariente o extraño.

Id. § 615.

16 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 9, en la pág. 869.

17 COD. CIV. PR art. 152, 31 LPRA § 591 (2009).

18 El texto antes de la reforma del 1980 leía:

Si hubiese hijos del matrimonio cuyo cuidado provisional pidieran ambos cónyuges, serán [sic] puestos bajo el cuidado de la mujer, mientras el juicio se sustancia y decida, a menos que concurran razones poderosas a juicio del Tribunal Superior para privar a la mujer del cuidado de sus hijos en todo o en parte.

³¹ LPRA §341 (1962).

19 ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 11, en la pág. 869.

20 El nuevo artículo 98 expone:

Si hubiese hijos del matrimonio cuyo cuidado provisional pidieran ambos cónyuges, en juicio de divorcio, el tribunal citará a las partes, bajo apercibimiento de desacato, para una vista urgente y recibirá la prueba testifical y documental que tengan a bien presentar. Al evaluar el caso, considerará la custodia compartida provisional siempre que ello se ajuste al mejor bienestar del menor. De no ser ese el caso, tomará la decisión que entienda procedente a base de la prueba presentada y sujeto siempre al estándar mencionado, mientras el juicio del divorcio se sustancia y se decida.

En adición a lo anterior el tribunal podrá tomar cualquier medida que sea necesaria para adjudicar la custodia en bienestar de los menores.

Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, Ley Núm. 223 de 21 de noviembre de 2011, art. 98, 2011 LPR ___, disponible en <http://www.oslpr.org/2009-2012/leyes/pdf/ley-233-11-Dic-2010.pdf>.

21 *Id.* art. 11.

C. Contexto jurisprudencial

En contraposición a los cambios legislativos, cuyo fin era eliminar el discrimen por razón de sexo presente en el Código Civil, el Tribunal Supremo, durante los pasados casi sesenta años, ha cursado una ruta diametralmente opuesta a la Legislatura. Un análisis de la casuística desde el 1953, hasta el presente, muestra a un Tribunal que sin otro respaldo que la tradición, se ha mantenido firme en la idea estereotipada de que la custodia debe darse a la madre. Esto ha sido el caso pese al desarrollo de la jurisprudencia de Estados Unidos y la psicología hacia la igualdad entre los padres y las madres. El efecto de estas decisiones fue el institucionalizar el discrimen contra los hombres al adjudicar la custodia y la patria potestad luego de la ruptura de una relación. En 1953, en el caso de *Muñoz v. Torres*, por ejemplo, el Tribunal concluyó que:

[L]os tribunales deben, generalmente, preferir el conceder la custodia de un niño a la madre, ya que, de ordinario, nadie cuida con mayor celo y cariño a un menor que su propia madre, a menos que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen el privar a la madre de la custodia.²²

Dicho dictamen se convirtió en la norma a aplicarse en todos los casos de familia.²³ Nominalmente, sin embargo, el Tribunal se acogió a la doctrina del mejor bienestar del menor.²⁴

Veinticinco años más tarde, en el caso *Nudelman v. Ferrer*,²⁵ el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de revisar su dictamen sobre el peso que el género de un padre debe tener a la hora de adjudicar la custodia. El Tribunal, interesadamente, reconoció que, desde su decisión en *Muñoz*, varios estados de los Estados Unidos habían declarado inconstitucional el considerar a la madre, sólo por ser mujer, como la persona más capacitada para tener la custodia.²⁶ En su opinión, además, el Tribunal citó varios estudios de psicología que criticaban “la generalidad de que la madre sea la persona más capacitada para cuidar de sus hijos. . .”.²⁷ De manera contradictoria, sin embargo, el Tribunal decidió reiterar que la mujer, meramente por ser mujer, debe retener la custodia.²⁸ Como fundamento el Tribunal utilizó sus precedentes y su visión del pueblo de Puerto Rico:

Advertimos, sin embargo, que si luego de analizados todos los factores envueltos, la madre se encuentra esencialmente en la misma posición que los demás,

²² *Muñoz v. Torres*, 75 DPR 507, 513 (1953) (citas omitidas).

²³ *Nudelman v. Ferrer Bolívar*, 107 DPR 495, 508 (1978).

²⁴ *Muñoz*, 75 DPR en las págs. 512-13.

²⁵ *Nudelman*, 107 DPR 495 (1978).

²⁶ *Nudelman*, 107 DPR en las págs. 509-10 n.15 (1978).

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* en la pág. 512.

incluyendo al padre – en ausencia de otras circunstancias excepcionales que justifican lo contrario – la custodia debe serle adjudicada. Influye en nuestro espíritu el que generalmente la madre, por ley natural no escrita dimanante de imperativos biológicos, y arraigada profundamente en nuestras conciencias – con reconocimiento casi universal – es la persona que con más dedicación, celo y cariño cuida de sus hijos. No podemos pasar por alto de que en Puerto Rico, nuestra *visión de pueblo* fundada en la realidad de una cultura de origen hispánico, en su jerarquía de valores comunitarios, todavía percibe a la mujer como el alma en que se desenvuelve la vida familiar. Ello no devalúa la importancia de la figura paterna. Los padres, aunque en apariencia y de ordinario sean menos expresivos, también comparten un ideario y una esperanza hacia el bienestar de los hijos.²⁹

Es así como el Tribunal estableció la norma judicial de preferir a la madre sobre el padre aun “cuando los progenitores se encuentran en igualdad de condiciones”.³⁰

No obstante, es hasta nueve años más tarde que el Tribunal comienza una leve ruptura con el pasado. El Tribunal comienza a reconocer que, de ordinario, la patria potestad y custodia compartida promueven el mejor bienestar del menor.³¹ Así, en *Ex parte Torres*, la mayoría del Tribunal entendió que, luego de la reforma de la ley 100 de 1976, “los tribunales pueden adjudicar y distribuir la patria potestad y custodia entre los ex cónyuges independientemente del concepto de culpa en el divorcio”.³² Para otorgar la custodia compartida, dictaminó el Tribunal Supremo, el Tribunal de Primera Instancia deberá considerar una larga lista de elementos:

Es menester un acuerdo previo de que la patria potestad y custodia de sus hijos será compartida. Esta decisión inicial debe judicialmente ser mirada con simpatía y favorecida. De ordinario promueve el mejor bienestar del menor. Sin embargo, debido a la ‘alta responsabilidad del Estado velar por la estabilidad de la familia, la guarda y cuidado de los hijos, . . . [y] la adecuada protección de las partes que disuelven su vínculo matrimonial’, el tribunal deberá verificar que la misma no sea producto de la irreflexión o coacción, y por ende, cause mayor perjuicio al menor del que se trata de evitar. A tales efectos, el tribunal investigará si los padres poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente. Ello implica superar desavenencias personales, y por imperativo, sostener adecuada comunicación para adoptar aquellas decisiones conjuntas que redunden en beneficio y los mejores intereses del menor. En esta misión, el tribunal examinará si entre las partes existe un grado manifiesto de hostilidad y tensiones --que lejos de ser pasajeras-- sean sustanciales y si existe una probabilidad real de conflictos futuros que hagan inoperable el acuerdo. También podrá auscultar el parecer de los menores cuando la edad de éstos lo permita. El foro de instancia podrá inquirir sobre las

29 *Id.* (citas omitidas) (énfasis suplido).

30 *Id.* en la pág. 509.

31 *Ex parte Torres*, 118 DPR 469, 497-99 (1987).

32 *Id.* en las págs. 497-99.

siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los verdaderos motivos y objetivos por los cuales la pareja ha solicitado la patria potestad y custodia compartida? La profesión, ocupación u oficio que realizan, ¿impedirá que efectivamente funcione el acuerdo? ¿Admite el ingreso económico de ambos cualquier costo adicional que origine la custodia compartida? ¿Afecta perjudicialmente la ubicación y distancia de ambos hogares la educación de los niños?

. . . La ponderación de todos los factores enumerados y aquellos otros pertinentes, proveerá la solución.³³

Pero, quizás más revolucionaria que la opinión de la mayoría, es la opinión concurrente del entonces juez asociado Hernández Denton. En la misma, el Juez reconoce que la preferencia por la madre a la hora de otorgar la custodia responde a una visión estereotipada de la mujer. Según Hernández Denton:

La 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. Según un estudio reciente, en 1979 la custodia de los menores se otorgó a las madres en el 96% de los casos estudiados. La preferencia por la madre, según un estudio de la Prof. Marcia Rivera Quintero, responde a la visión estereotipada de la mujer según la cual se concibe que su única función social es la crianza de los hijos.³⁴

La opinión concurrente, además, resaltó las consecuencias de las decisiones de custodia para el padre no custodio:

Las investigaciones sociales recientes en torno al problema de la custodia de menores demuestran que el sistema de adjudicación de custodia única con frecuencia produce dificultades para el padre no custodio y 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, minimiza el contacto con ellos. Por su parte, los hijos de padres divorciados no tienen acceso libre al padre no custodio y carecen de contactos más frecuentes con él.³⁵

Esta opinión, sin embargo, no cambió el panorama para los hombres en las salas de familia. Un estudio realizado en el año 2000 encontró que todavía se otorgaba la custodia a la madre en el noventa y nueve punto tres por ciento de los casos.³⁶ Esto es así porque, aun en pleno 2012, todavía rige la concepción general de que una mujer, solo por ser mujer, es la persona más apta para criar, salvo en contadas ocasiones.

33 *Id.* en las págs. 481-82.

34 *Id.* en la pág. 498 (Hernández Denton, opinión concurrente) (citas omitidas).

35 *Id.*

36 Ivette Ramos Buonomo, *Discrimen por género en las determinaciones judiciales de custodia, patria potestad y pensión alimentaria*, 69. REV. JUR. UPR 1055, 1063 (2000).

D. Consideraciones constitucionales

Inspirada principalmente en la experiencia norteamericana, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948³⁷ la Constitución de Puerto Rico establece formalmente en su artículo dos que “[n]o podrá establecerse discrimen alguno por motivo de . . . sexo” y que “las leyes . . . encarnarán est[e] principio . . . de igualdad humana”.³⁸ Además, la Sección siete del mismo artículo añade que “[n]inguna persona será privada de su libertad o propiedad sin debido proceso de ley, ni se negará a persona alguna en Puerto Rico la igual protección de las leyes”.³⁹ La Constitución de los Estados Unidos (Constitución federal) garantiza estos derechos. Los mismos se hacen extensivos a Puerto Rico mediante la decimo cuarta enmienda que establece que “no State . . . shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”⁴⁰ o bajo la quinta enmienda que dicta “[n]o person shall be . . . deprived of life, liberty, or property, without due process of law”.⁴¹

Como casi toda disposición constitucional, sin embargo, las palabras antes citadas no gozan de un significado concreto directamente aplicable a la ciudadanía. Recae en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y en el Tribunal Supremo de Puerto Rico el ir estableciendo cuál es el significado y la aplicación específica de cada una de estas disposiciones. Por lo tanto, resulta fundamental para este trabajo entender cuál ha sido la tendencia generalizada de ambos tribunales sobre cómo interpretar el debido proceso de ley y la igual protección de las leyes, especialmente en materia de familia.

El concepto jurídico del debido proceso de ley establece que “los derechos fundamentales se pueden proteger y conservar solamente si hay alguna limitación a las actuaciones arbitrarias y caprichosas del Estado.”⁴² El concepto tiene dos vertientes, una procesal y una sustantiva. En su vertiente procesal, el debido proceso “establece los límites constitucionales a las actuaciones gubernamentales y requiere que el ciudadano sea oído antes de que el Estado lo prive de su propiedad o libertad.”⁴³ Por otro lado, en su vertiente sustantiva, el debido proceso “consiste en una restricción impuesta al gobierno democrático en cuanto a

³⁷ Luis R. Dávila Colón, *El Tribunal Supremo de Puerto Rico y el concepto de la igual protección de las leyes 1952-1976*, 47 REV. JUR. UPR 639, 652-53 (1978). Véase además JOSÉ TRÍAS MONGE, 3 HISTORIA CONSTITUCIONAL DE PUERTO RICO 174 (1982).

³⁸ CONST. PR art 2, § 1.

³⁹ *Id.* §7.

⁴⁰ U.S. CONST. amend. XIV, § 1.

⁴¹ U.S. CONST. amend. V, § 3.

⁴² Maldonado Elías v. González Rivera, 118 DPR 260, 270 (1987).

⁴³ *Id.*

actuaciones confiscatorias que puedan afectar la vida, la libertad o la propiedad del ciudadano".⁴⁴ Es en su segunda vertiente que el debido proceso ofrece una protección importante de los derechos considerados fundamentales en la democracia americana.

Para que una acción gubernamental que atenta contra un derecho fundamental se sostenga, el Estado tiene que "demostrar la existencia de un interés público apremiante o de superior jerarquía [] que justifique la clasificación y que la misma promueva necesariamente la consecución de ese interés".⁴⁵ Según el Tribunal Supremo de Puerto Rico, son escasas las acciones del Estado que sobreviven tal nivel de escrutinio cuando se trata de clasificaciones que no guardan relación con la "habilidad o aptitud de las personas afectadas".⁴⁶ Estas clasificaciones se denominan clasificaciones sospechosas.

Dentro de la categoría de derechos fundamentales protegidos por el esquema del escrutinio estricto, se encuentra el derecho de los padres a la crianza. Según el Tribunal Supremo federal, el derecho de cada padre al cuidado, custodia y control de sus hijos es un interés libertario fundamental.⁴⁷ Es, quizás, el derecho fundamental de más antiguo reconocimiento, habiendo sido reconocido hace más de ochenta y cinco años por el Tribunal Supremo federal.⁴⁸ En Puerto Rico, el Tribunal Supremo ha avalado la posición del Tribunal Supremo federal al establecer que "indudablemente en Puerto Rico los padres y madres tienen un derecho fundamental a criar, cuidar y custodiar a sus hijos . . .".⁴⁹ Por ende, una clasificación sospechosa del Estado en materia de crianza tiene que sobrevivir un escrutinio estricto de parte del Tribunal y no ser producto de un razonamiento prejuiciado, caprichoso o arbitrario.

El concepto de la igual protección de las leyes, por otro lado, involucra el principio de la igualdad ante la Ley. Formalmente todos los ciudadanos son iguales y, por ende, el Estado no debe discriminar. Hay excepciones, naturalmente, y para poder implementar una, los Tribunales Supremos de Estados Unidos y de Puerto Rico han determinado que las razones para justificar cualquier discrimen de clasificación sospechosa tienen que sobrevivir un escrutinio judicial estricto.⁵⁰ Para ilustrar este punto, resulta útil citar las palabras del Tribunal Supremo de Puerto Rico al declarar el discrimen por razón de sexo una clasificación sospechosa⁵¹ bajo la Constitución local:

44 Santiago v. Jones, 74 DPR 617, 621 (1953).

45 Zachry International v. Tribunal Superior, 104 DPR 267, 278 (1975).

46 *Id.* en la pág. 277 n. 9.

47 Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 65 (2000).

48 *Id.*

49 Rexach v. Ramírez Vélez, 162 DPR 130, 147 (2004).

50 *Zachry International*, 104 DPR en la pág. 278.

51 Se denominan clasificaciones sospechosas porque frecuentemente la característica en que se basa la clasificación no guarda relación con la habilidad o aptitud de las personas afectadas por la

Es evidente que el sexo, al igual que la raza, constituyen rasgos que surgen en el ser humano por un simple hecho fortuito: el nacimiento; éste nada tiene que ver con la habilidad de una persona de oportunamente aportar y contribuir a los esfuerzos legítimos de una sociedad. Es por ello que nos reafirmamos en que ante este foro judicial, una diferencia basada en el sexo resulta una clasificación sospechosa, en particular cuando la misma tiende a relegar a un estado legal de inferioridad a una clase con abstracción de las potencialidades y características individuales de sus miembros.⁵²

Estas palabras contrastan marcadamente con las expresiones emitidas por el mismo Tribunal en el caso de *Nudelman* expuesto en la sección anterior. Sobre todo cuando se toma en consideración que el Tribunal justifica el relegar a los padres a un estado de inferioridad legal vis-a-vis las madres utilizando justificaciones como la “ley natural no escrita,” los “imperativos biológicos” y la tradición en vez de su capacidad para criar a un hijo o hija.

Aunque el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no ha considerado directamente si las determinaciones de custodia basadas en género violan la cláusula de igual protección de las leyes, dicho foro ha emitido varias expresiones que apuntan claramente en esa dirección. En *Cabán v. Mohammed*, el Tribunal declaró inconstitucional una ley del Estado de Nueva York que permitía que una madre soltera impidiese la adopción de su hijo negando su consentimiento pero no le reconocía el mismo derecho al padre. En la opinión, el Tribunal hizo hincapié en la intercambiabilidad de los roles de los progenitores. En la opinión, además, el Tribunal rebatió directamente el argumento de la madre quien alegaba que la relación de una madre con un hijo es de naturaleza diferente a la de un padre con su hijo de la siguiente manera:

The question before us, therefore, is whether the distinction in § 111 between unmarried mothers and unmarried fathers bears a substantial relation to some important state interest. Appellees assert that the distinction is justified by a fundamental difference between maternal and paternal relations - that “a natural mother, absent special circumstances, bears a closer relationship with her child . . . than a father does.”

. . . Contrary to appellees’ argument and to the apparent presumption underlying § 111, maternal and paternal roles are not invariably different in importance.⁵³

clasificación. Véase *Sailer Inn, Inc. v. Kirby*, 485 P.2d 529, 540-541 (1971), donde el Tribunal Supremo de California declara sospechosas las clasificaciones a base de sexo, siendo el primer Tribunal Supremo estatal en así hacerlo. Consúltese, además, John D. Johnston, Jr. & Charles L. Knapp, *Sex Discrimination by Law: A Study in Judicial Perspective*, 46 N.Y.U. L. REV. 675, 738-739 (1971) y Joseph Tussman & Jacobus tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 CAL. L. REV. 341 (1949).

⁵² *Zachry International*, 104 DPR en las págs. 281-82.

⁵³ *Cabán v. Mohammed*, 441 U.S. 380, 388-89 (1979) (citas omitidas).

Por ende, la postura del Tribunal Supremo de Puerto Rico es en esencia contraria a las expresiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Una madre, por el mero hecho de ser una mujer, no es necesariamente “la persona que con más dedicación, celo y cariño cuida de sus hijos”.⁵⁴

Por otro lado, las expresiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico son contrarias a las expresiones de otros tribunales supremos estatales. El Tribunal Supremo de Alabama, por ejemplo, basándose en la decisión de *Cabán*, declaró que la doctrina de los años tiernos, que establecía la presunción de que la madre debe tener la custodia sobre los hijos menores de edad, es una clasificación inconstitucional por basarse en género.⁵⁵ El Tribunal concluyó que los mejores intereses de los menores no son bien servidos por una determinación solamente fundamentada en el género de sus progenitores.⁵⁶ Según el Tribunal de Alabama, este tipo de decisiones deben basarse en consideraciones de otra naturaleza, como las habilidades relativas de los padres y las necesidades psicológicas y físicas de los menores.⁵⁷

E. El proceso de adjudicación de custodia en Puerto Rico al presente

En el proceso de adjudicación de custodia en Puerto Rico, el Tribunal divide una serie de derechos entre los padres. Específicamente, el Tribunal adjudica (i) la patria potestad, (ii) la custodia, (iii) las relaciones paterno-filiales y, (iv) establece una pensión alimentaria a favor del menor.

En su sentido más amplio, la patria potestad recoge las facultades y deberes que los padres y las madres tienen conjuntamente sobre sus hijos menores de edad no emancipados.⁵⁸ El artículo 153 del Código Civil describe la patria potestad como: (1) “[e]l deber [del padre y la madre] de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho”;⁵⁹ y (2) “[l]a facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente o de una manera razonable”.⁶⁰ El concepto de custodia, a su vez, se desprende como corolario del “deber de tenerlos en su compañía” que forma parte de la definición de patria potestad.⁶¹ El mismo se refiere específicamente a la tenencia física del hijo o hija.⁶²

54 *Nudelman v. Ferrer Bolívar*, 107 DPR 495, 512 (1978).

55 *Ex parte Devine*, 398 So. 2nd 686, 695 (Ala. 1981).

56 *Id.*

57 *Id.* en la pág. 696.

58 *Ex parte Torres*, 118 DPR 469, 474-75 (1987).

59 COD. CIV. PR art. 153, 31 LPRA § 601 (1993).

60 *Id.*

61 *Ex parte Rivera Ríos*, 173 DPR 678, 681 (2008).

62 *Vázquez de Jesús v. Monroig Tirado*, KLCE2004-01061, 2005 WL 807969 en la pág. *5 (TA PR 28 de febrero de 2005).

Ambos derechos, según establecidos en el artículo 107 del Código Civil desde 1976, se adjudican solamente al padre o a la madre⁶³ de acuerdo a lo que formalmente se denomina “el mejor bienestar del menor”.⁶⁴ En específico, el artículo 107 dispone:

En todos los casos de divorcio los hijos menores no emancipados 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. . . .

. . . Será discrecional del tribunal escuchar el testimonio del menor para la determinación de custodia y patria potestad.⁶⁵

Al obligar al Tribunal a decidir a favor de un padre sobre el otro, este artículo refuerza el régimen de custodia monoparental que impera al presente en Puerto Rico. Dicho régimen es fortalecido, además por las prácticas institucionales de las unidades de trabajo social de cada tribunal de primera instancia. Estas unidades son responsables de llevar a cabo un estudio social para cada caso de adjudicación de custodia. Su práctica, derivada de la costumbre y de varias teorías provenientes del campo de la psicología, es recomendar, en la vasta mayoría de los casos, un régimen en el que los hombres ven a sus hijos en fines de semanas alternos y un tiempo adicional en verano.⁶⁶

⁶³ En la práctica, la patria potestad se adjudica conjuntamente en la mayoría de los casos. Esto es así desde que en *Ex Parte Torres* el Tribunal estableció que “[l]os tribunales pueden adjudicar y distribuir la patria potestad y custodia entre ex cónyuges independientemente del concepto de culpa en el divorcio”. *Ex parte Torres*, 118 DPR en la pág. 480.

⁶⁴ Cód. Civ. PR art. 107, 31 LPRA § 383 (1993 & Supl. 2010).

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Interesantemente, el origen exacto de esta norma aplicada rutinariamente a casi todos los casos de custodia es desconocido. Una extensa búsqueda del origen de la misma lleva a la conclusión de que al presente se utiliza por los tribunales ya que es el camino de menor resistencia para los que controlan el proceso. Véase WILLIAM F. HODGES, INTERVENTIONS FOR CHILDREN OF DIVORCE: CUSTODY, ACCESS AND PSYCHOTHERAPY JOHN WILEY & SONS 147 (1986):

[A]ttempts on the part of parents to alter patterns of visitations based on the quality of bonding or needs of the child were met by strong resistance Attorneys (and judges) have been excessively influenced by case law where the past determines the future. Thus, every-other-weekend is the best pattern because there is precedence, that is, “that is the way it has always been done.” *Id.*

En Puerto Rico, varias trabajadoras sociales que pidieron no ser identificadas indicaron que la norma en sus oficinas es que, salvo casos excepcionales, cada informe sigue las mismas recomendaciones. De esta manera, se aseguran que los jueces y las juezas, y la representación legal de las madres, acepten las recomendaciones sin mayores objeciones. Al preguntarle sobre las teorías que justifican sus determinaciones ninguna pudo elaborar sobre éstas. Por lo general, sus contestaciones giraban alrededor de los conceptos de estabilidad elaborados por Joseph Goldstein, Albert Solnit, y Anna Freud en su libro *Beyond The Best Interests of the Child*. JOSEPH GOLDSTEIN ET AL., *THE BEST INTERESTS OF THE CHILD* (1996).

El fundamento de esta división de tiempo tan desequilibrada, que en la práctica resulta en las madres teniendo a sus hijos el ochenta y dos por ciento del tiempo y los padres el dieciocho, se encuentra parcialmente en la aplicación de las teorías psicoanalíticas de Joseph Goldstein, profesor de Derecho de Yale University, Albert Solnit, psiquiatra de niños, y Anna Freud, analista de la niñez e hija de Sigmund Freud. En 1973, ellos publicaron un libro titulado *Beyond the Best Interests of the Child*. El libro se convirtió en una de las guías principales de los tribunales de familia en Estados Unidos y en Puerto Rico.⁶⁷ El libro predica varias teorías de corte radical las cuales se implementaron en los tribunales de familia con algunas modificaciones.

Quizás la teoría más radical y de mayor trascendencia en materia de custodia es la teoría del “padre psicológico”. Dicha teoría, justificada en la necesidad de estabilidad de los menores de edad, establece que, una vez se disuelve una familia, es imperativo determinar cuál de los progenitores es el “padre psicológico”⁶⁸ de los menores y limitar severamente los derechos del otro padre, espe-

Según surge de entrevistas con varios padres divorciados, abogados, abogadas y trabajadoras sociales, en muchas ocasiones el tiempo extra en verano es condicionado a que el hombre tome vacaciones. Esto claramente es un requisito discriminatorio pues a la mujer no se le pide que tome vacaciones para estar con sus hijos. De igual manera, si el hombre deja a los niños con los abuelos paternos parte del tiempo esto es visto como un negativo. Este estándar, sin embargo, no se le aplica a la mujer custodia.

⁶⁷ GOLDSTEIN, *supra* nota 66. El American Bar Association considera el libro *Beyond the Best Interest of the Child* como uno de los diez libros que todo practicante de Derecho de Familia debe leer. Véase American Bar Association, *Required Reading: Top Ten “Must Have” Books for your Library*, <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/child/PublicDocuments/resources.authcheckdam.pdf>.

⁶⁸ Véase Joseph Goldstein et al., *Beyond the Best Interest of the Child* (1973), <http://www.faqs.org/childhood/Ar-Bo/Beyond-the-Best-Interests-of-the-Child.html>.

The term psychological parenthood was first introduced in 1973 through an influential book entitled *Beyond the Best Interests of the Child*. A psychological parent refers to a person who has a parental relationship with a child, whether or not the two are biologically related. The term is used mainly in legal discourse, in the context of custody disputes.

....

The most controversial aspect of Goldstein, Freud, and Solnit’s book was the recommendation that in a typical divorce, the court should determine whether the mother or the father is the psychological parent and give that person sole custody of the child. In addition, they recommended that the chosen parent should be able to regulate or even put an end to visits between the child and the other parent.

More recent research has shown, by contrast, that a young child is capable of becoming emotionally attached to more than one person. Although one parent may be the primary attachment figure, children typically become emotionally attached to both, as well as to others who provide loving, attentive care. Despite these and other criticisms, the concept of psychological parenthood has been influential in drawing attention to the child’s needs and perspectives in determining custody.

Id.

cialmente si la relación entre los ex esposos no es positiva”.⁶⁹ Los autores llegan a recomendar que se elimine completamente el derecho de visita al padre no psicológico, si así lo decide el padre psicológico.⁷⁰ Según esta teoría, la salud y el desarrollo de un menor dependen de las relaciones positivas con figuras paternas que estén disponibles ininterrumpidamente. Por lo tanto, un padre *visitante*, desde un punto de vista teórico, no está disponible para servir de verdadero objeto de amor, confianza e identificación y por lo tanto contribuye muy poco al desarrollo del niño.⁷¹

Usando esta teoría como base, las unidades de familia de los tribunales recomiendan rutinariamente el que se limiten dramáticamente los derechos de los hombres con sus hijos y que sea la mujer, quien es casi automáticamente definida como el padre psicológico, la que ostente todo el control. Esto es otra razón por la cual el noventa y nueve punto tres por ciento de los hombres no tienen la custodia de sus hijos, a pesar de que, como establece formalmente el artículo 107 de nuestro Código Civil, el estándar que el juez o la jueza debe considerar es el de “los mejores intereses y bienestar del menor”.⁷² Sin embargo, aunque el pensamiento de estos autores ha sido desacreditado y criticado,⁷³ la conveniencia del precedente y la rutina lleva a que la mayoría de los casos sean decididos de manera idéntica.

Por último, el Tribunal determina una pensión alimentaria con la intención de cubrir los gastos de crianza. La pensión se determina utilizando las guías establecidas en el reglamento de la Administración para el Sustento de los Menores (Reglamento de ASUME o las Guías).⁷⁴ Las Guías establecen que quien debe cubrir los gastos de crianza es el padre no custodio.⁷⁵ Es decir, el hombre en el noventa y nueve punto tres por ciento de los casos.⁷⁶ El monto de la pensión se calcula a base de la suma de una pensión básica y una pensión suplementaria. La pensión básica se determina multiplicando el ingreso neto del padre no custodio

69 Mark D. Matthews, *Curing the “Every-Other-Weekend Syndrome”: Why Visitation Should Be Considered Separate and Apart from Custody*, 5 WM. & MARY J. WOMEN & L. 411, 435-36 (1999).

70 GOLDSTEIN, *supra* nota 66, en la pág. 23.

71 Nadine Taub, *Assessing the Impact of Goldstein, Freud, and Solnit’s Proposals: An Introductory Overview*, REV. L & SOC. CHANGE, 485, 491 (1984), http://ecmappdlv03.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website__journals__review_of_law_and_social_change/documents/documents/ecm_pro_070489.pdf.

72 CÓD. CIV. PR art. 107, 31 LPRA § 383 (1993 & Supl. 2010).

73 Véase Mark D. Matthews, *supra* nota 69; Nadine Taub, *supra* nota 71.

74 Administración para el Sustento de Menores, Guías para Determinar y Modificar las Pensiones Alimentarias en Puerto Rico, Reglamento Núm. 7135, (2007), disponible en <http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%ADas%20para%20Determinar%20y%20Modificar%20las%20Pensiones%20Alimentarias%20en%20Puerto%20Rico.pdf>.

75 *Id.* art 4.

76 Ramos Buonomo, *supra* nota 36, en la pág. 1063.

por un factor que depende del número de hijos que tenga el mismo⁷⁷. La pensión suplementaria se calcula sumando los gastos de educación, vivienda y gastos extraordinarios recurrentes de los hijos e hijas y dividiendo el total entre ambos progenitores en proporción a los ingresos de cada uno.⁷⁸

*F. La Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia (Ley de Custodia Compartida)*⁷⁹

El 21 de noviembre de 2011, entró en efecto la Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia.⁸⁰ Dicha ley fue aprobada luego de más de doce años de haberse presentado el primer proyecto de ley para implementar la custodia compartida.⁸¹ El camino hasta su aprobación no fue fácil ya que el estatuto sufrió importantes modificaciones. La más importante fue la eliminación de las disposiciones que creaban una presunción a favor de la custodia compartida.⁸² La presunción, en esencia, establecía que todo juez o jueza debe implementar un plan de custodia compartida a menos que quien se oponga rebata la presunción con evidencia material y pruebe al tribunal por qué el mejor bienestar de los hijos no se conseguiría mediante la custodia compartida. La eliminación de la presunción deja a la ley sin las herramientas necesarias para efectuar una corrección rápida y efectiva del discrimen contra los hombres. Sin embargo, aún con esta limitación, la ley representa el primer pronunciamiento legislativo que pudiera ayudar a reducir significativamente la desigual protección de las leyes y la violación al debido proceso de ley en las salas de familia de Puerto Rico. En esencia, la ley modifica el espíritu del artículo 107 del Código Civil, exhortando al juez o jueza a considerar la custodia compartida como primera opción a la hora de decidir la custodia de un niño.

La ley está organizada en once artículos que, a manera de guía, sirven para ayudar a los jueces a entender la naturaleza de la actual problemática y cómo resolverla. En su artículo dos, se resume la exposición de motivos y se establece que:

[C]onstituye política pública del Gobierno de Puerto Rico la promoción de la custodia compartida y corresponsabilidad sobre los hijos; la consideración de la misma como primera alternativa en los casos que se ajuste al mejor bienestar del

⁷⁷ *Id.* art 7.

⁷⁸ *Id.* art. 4.

⁷⁹ Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, Ley Núm. 223 de 21 de noviembre de 2011, 2011 LPR ___, [en adelante, *Ley Protectora*] disponible en <http://www.oslpr.org/2009-2012/leyes/pdf/ley-233-11-Dic-2010.pdf>.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *supra* nota 9, en la pág. 870.

⁸² Véase Nydia Bauzá, *Enmiendas al proyecto de custodia compartida*, PRIMERA HORA, 8 de noviembre de 2011, <http://www.primerahora.com/enmiendasalproyectedecustodiacompartida-576933.html>

menor; y el promover la participación activa de ambos progenitores en las actividades de los hijos, en el mayor grado posible.⁸³

En el artículo tres se define la custodia compartida como “la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos, relacionándose con éstos el mayor tiempo posible y brindándoles la compañía y atención que se espera de un progenitor responsable”.⁸⁴ Muy importantemente, el artículo cuatro establece que la custodia compartida se podrá imponer “aun contra la voluntad de alguno de los progenitores que interesa se le otorgue la custodia monoparental”, si es de beneficio para los hijos.⁸⁵ El artículo cinco le impone a los jueces el deber de asegurarse que los abogados de las partes hayan orientado a sus respectivos clientes sobre los “diferentes derechos, deberes y responsabilidades que conllevan las diferentes formas de custodia que por ley existen”.⁸⁶ El artículo seis establece que las partes pueden llegar a un acuerdo de custodia compartida por su cuenta y que el juez o jueza debe pasar juicio sobre el mismo para determinar si es en el mejor interés del menor.⁸⁷

El artículo siete enumera los criterios que el juez o jueza deberá considerar en la adjudicación de la custodia. Los criterios son los siguientes:

1. La salud mental de ambos progenitores, así como la del hijo(a) o hijos(as) cuya custodia se va a adjudicar.
2. El nivel de responsabilidad o integridad moral exhibido por cada uno de los progenitores y si ha habido un historial de violencia doméstica entre los integrantes del núcleo familiar.
3. La capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades afectivas, económicas y morales del menor, tanto presentes como futuras.
4. El historial de cada progenitor en relación con sus hijos, tanto antes del divorcio, separación o disolución de la relación consensual, como después del mismo.
5. Las necesidades específicas de cada uno de los menores cuya custodia está en controversia.
6. Le interrelación de cada menor con sus progenitores, sus hermanos y demás miembros de la familia.
7. Que la decisión no sea producto de la irreflexión o coacción.
8. Si los progenitores poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente.
9. Los verdaderos motivos y objetivos por los cuales los progenitores han solicitado la patria potestad y la custodia compartida.

83 Ley Protectora, art. 2, en la pág. 4.

84 *Id.* art. 3, en las págs. 4-5.

85 *Id.* art. 4, en la pág. 5.

86 *Id.* art. 5, en la pág. 5.

87 *Id.* art. 6, en las págs. 5-6.

10. Si la profesión, ocupación u oficio que realizan los progenitores impedirá que funcione el acuerdo efectivamente.
11. Si la ubicación y distancia de ambos hogares perjudica la educación del menor.
12. La comunicación que existe entre los progenitores y la capacidad para comunicarse mediante comunicación directa o utilizando mecanismos alternos.
13. Cualquier otro criterio válido o pertinente que pueda considerarse para garantizar el mejor bienestar del menor.⁸⁸

El octavo artículo contempla que las unidades de familia de cada tribunal deberán realizar un análisis que considere a la custodia compartida como primera opción.⁸⁹ Dicho reporte será un factor adicional, aunque no determinante, que el juez o jueza sopesará al tomar su determinación. El artículo nueve establece los casos en que se presumirá que la custodia compartida no será beneficiosa. Estos criterios son los siguientes:

1. Cuando uno de los progenitores manifiesta que no le interesa tener la custodia de los menores, a base de un plan de custodia compartida. Se entenderá que la renuncia es a favor del otro progenitor.
2. Si uno de los progenitores sufre de una incapacidad o deficiencia mental, según determinada por un profesional de la salud, y la misma es de naturaleza irreversible y de tal magnitud que le impide atender adecuadamente a los hijos/as y garantizar la seguridad e integridad física, mental, emocional y/o sexual de éstos.
3. Cuando los actos u omisiones de uno de los progenitores resulte perjudicial a los hijos o constituya un patrón de ejemplos corruptores.
4. Cuando uno de los progenitores o su cónyuge o compañero o compañera consensual haya sido convicto por actos constitutivos de maltrato de menores.
5. Cuando uno de los progenitores se encuentre confinado en una institución carcelaria.
6. Cuando uno de los progenitores ha sido convicto por actos constitutivos de violencia doméstica, según lo dispuesto en la Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada.
7. Situaciones donde el padre o la madre haya cometido abuso sexual, o cualquiera de los delitos sexuales, según tipificados en el Código Penal de Puerto Rico, hacia algún menor.
8. Cuando uno de los progenitores o su cónyuge o compañero o compañera consensual, si hubiera, sea adicto a drogas ilegales o alcohol.⁹⁰

⁸⁸ *Id.* art. 7, en la pág. 6.

⁸⁹ *Id.* art. 8, en la pág. 7.

⁹⁰ *Id.* art. 9, en la pág. 7.

El artículo diez reitera la norma del Derecho de Familia a los efectos que las determinaciones de custodia de menores nunca se consideran cosa juzgada.⁹¹ Finalmente, el artículo once, como adelantado anteriormente, enmienda el artículo 98 del Código Civil para que se considere la custodia compartida como primera opción en la determinación provisional de custodia al inicio de un proceso de divorcio.⁹²

II. DISCUSIÓN

La historia ha demostrado que los asuntos de custodia y patria potestad tienen una dinámica pendular. En la tradición hispánica, desde el tiempo de los romanos y la figura del *pater familia*⁹³ hasta el siglo XIX, existía un discrimen absoluto en contra de las madres. Se utilizaba el “Derecho natural no escrito” para negarle a una madre su derecho a tener una relación con un hijo luego de la ruptura de una relación. En aquel entonces las autoridades no dudaban de que era el padre el mejor proveedor de afecto y recursos. Esto, claramente, era un extremo absolutamente injusto a la luz del entendimiento actual de los derechos de las madres y de los niños.

La realidad jurídica del Puerto Rico del presente es, sin embargo, casi tan injusta y discriminatoria como en tiempos romanos. Esta vez, no hacia las mujeres, sino hacia los hombres. Este cambio comenzó en España a finales de la década de los 1880's cuando primero se reconoció el derecho subsidiario a la patria potestad de las madres. Más adelante, respondiendo a los cambios motivados por la revolución industrial, las prácticas de los tribunales y la Legislatura fueron cambiando de tal manera que llegaron a desprover a los hombres de casi todos sus derechos sobre los hijos después de una separación. Según las estadísticas presentadas anteriormente, más del noventa y nueve por ciento de los padres en Puerto Rico no tienen la custodia de sus hijos y menos del sesenta por ciento comparten la patria potestad.⁹⁴ Como implícitamente reconoce la Ley de Custodia Compartida⁹⁵ y el reglamento de ASUME, la vasta mayoría no pueden ver a sus hijos más de dos días consecutivos cada dos semanas.⁹⁶

⁹¹ *Id.* art. 10, en la pág. 8.

⁹² *Id.* art. 11, en la pág. 8.

⁹³ El concepto del *pater familia* de los romanos le daba el poder absoluto al hombre. Los hijos eran propiedad del padre. Véase 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. INTERDISC. L.J. 135 (1995).

⁹⁴ Ramos Buonomo, *supra* nota 36, en la pág. 1063.

⁹⁵ Ley Protectora, art. 2, en la pág. 4.

⁹⁶ Administración para el Sustento de Menores, Guías para Determinar y Modificar las Pensiones Alimentarias en Puerto Rico, Reglamento Núm. 7135, (2007), disponible en <http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%ADas%20para>

La Ley de Custodia Compartida es el primer pronunciamiento legislativo cuya intención es traer el péndulo a descansar. Como expresado en el título de la Ley, su propósito principal es “establecer como política pública la consideración de la custodia compartida y de la corresponsabilidad en los casos de disolución de un matrimonio o de separación de una pareja consensual”.⁹⁷ Aunque lo que busca la Ley es proteger los derechos de los niños durante un proceso de adjudicación de custodia, indirectamente, la ley sirve para reducir la desigual protección de las leyes y la violación al debido proceso de ley para con los hombres. Dada la normativa constitucional expuesta anteriormente, resultaría ilógico que el Tribunal Supremo de Puerto Rico continúe argumentando que, por “Derecho natural no escrito” o alguna otra expresión poética, el razonamiento del Estado pudiera cumplir con un escrutinio estricto.

Sin embargo, la Ley de Custodia Compartida, aunque es un paso en la dirección correcta, probablemente no sea suficiente para erradicar las violaciones a los derechos constitucionales de los hombres en los tribunales de familia por dos razones. Primero, los trece criterios que los jueces deben sopesar al considerar la custodia compartida son tan amplios y flexibles que fácilmente permitirían la introducción de prejuicios en su análisis, particularmente si se considera la *visión de pueblo* todavía presente en la jurisprudencia y el contexto adversativo inherente a la evaluación de los criterios, algo que la Ley reconoce como un serio problema. Segundo, la Ley no resuelve el conflicto inherente creado por los intereses económicos existentes detrás de la adjudicación de la custodia. Este interés económico, titulado pensión alimentaria, está fundamentado en la idea machista que dicta que las mujeres deben quedarse en la casa criando mientras el hombre trabaja para mantener a la familia. Las fórmulas para su determinación, como se mostrará más adelante, tienen visos de arbitrariedad que una y otra vez llevan a la conclusión que fueron creadas basadas en un prejuicio y en una visión que simplifica el mejor interés del menor a estar la gran mayoría del tiempo con su madre.

A. El discrimen y los criterios de determinación de la custodia compartida

La Ley de Custodia Compartida establece que, para garantizar el mejor bienestar de los niños a la hora de adjudicar la custodia, es fundamental considerar la totalidad de las circunstancias de cada caso. A estos fines, la Ley provee una guía de trece criterios que el juez o jueza debe considerar antes de poder adjudicar la custodia. Sin embargo, la Ley es silente en cuanto a la manera en que se interrelacionan estos factores y cuánto peso debe tener cada uno. Aunque algunos de los criterios pudiesen parecer un tanto más fácil de sopesar, como por ejemplo, la profesión de las partes y la distancia de ambos hogares en relación a

[Determinar%20y%20Modificar%20las%20Pensiones%20Alimentarias%20en%20Puerto%20Rico.pdf](#).

⁹⁷ Ley Protectora, Exposición de motivos, en las págs. 1-4.

la escuela, otros criterios son altamente subjetivos. El más obvio de ellos es el número trece, que le da al Tribunal completa libertad para incluir un criterio de su preferencia sea éste o no realmente pertinente. Así, por ejemplo, un juez o jueza que crea que la crianza es cuestión de mujeres, pudiese exigir a un hombre que demuestre que cuenta con un círculo de apoyo femenino. Claro está, este requisito sería fraseado de manera objetiva. Sólo se exigiría la existencia de apoyo familiar. El asunto medular es que, dado el historial de patente prejuicio en contra de los hombres existente en la jurisprudencia, no es muy difícil ver cómo un tribunal pudiera usar estos criterios para mantener el status quo.

Otro de los criterios fácilmente maleables es el que exige la evaluación de la capacidad de un padre para satisfacer las necesidades de sus hijos. En el pasado, los tribunales han dudado de la capacidad de un hombre para efectuar la rutina diaria de una familia típica. Por ejemplo, en *Nudelman*, el juez de primera instancia explicó que una rutina que consistía en levantar a los niños, prepararles desayuno, entregarlos a la escuela, buscarlos, llevarlos a casa de su madrastra para que los cuidara hasta las seis de la tarde, buscarlos nuevamente, prepararles comida y acostarlos era “una situación un tanto ilógica y artificial que no podrá mantener permanentemente” el padre.⁹⁸

Aunque *Nudelman* fue decidido en el 1978, tan recientemente como el 2005, el Tribunal de Apelaciones, citando este mismo caso, reiteró que:

[S]i tanto la madre como el padre se consideran igualmente aptos para atender los mejores intereses de los menores, el Tribunal Supremo ha avalado la solución de que se concederá la custodia a la madre, sin que ello represente un discrimen por razón de género.⁹⁹

Un análisis detenido de *Nudelman*, sin embargo, revela que nunca se discutió en sus méritos una controversia relacionada al discrimen por razón de género. El Tribunal de Apelaciones, por ende, llega a una conclusión no apoyada por el caso. Dicha inferencia es evidencia de cómo el prejuicio contra los hombres en materia de custodia continúa presente aún en pleno siglo XXI.

El modelo de custodia compartida presentada por la nueva Ley de Custodia Compartida, representa un adelanto en comparación al modelo de custodia compartida presentada inicialmente en *Ex parte Torres*. Esto es así ya que permite que la misma sea impuesta en contra de la preferencia de una de las partes. Sin embargo, el nuevo modelo le da un poder sustancial a las madres para impedir la adjudicación de la custodia compartida. La Ley, por ejemplo, permite a la madre sabotear la custodia compartida argumentando que no existe buena comunicación entre las partes.¹⁰⁰ Esta práctica, recomendada frecuentemente por la

⁹⁸ *Nudelman v. Ferrer Bolívar*, 107 DPR 495, 502 n.5 (1978).

⁹⁹ *Vázquez de Jesús v. Monroig Tirado*, KLCE2004-01061, 2005 WL 807969, en la pág. *6 (TA PR 28 de febrero de 2005).

¹⁰⁰ Ley Protectora, art. 7, en la pág. 6.

representación legal de la mujer, lleva a algunas mujeres a fabricar la falta de comunicación para intentar derrotar el proceso. Aunque es innegable que la comunicación es un criterio importante a tomar en consideración antes de adjudicar una custodia compartida, debe haber una definición precisa de lo que constituye dicho concepto. Además, se debe especificar cuál es el tipo de evidencia necesaria para probar mala comunicación. En el mundo de las salas de familia, se escucha frecuentemente del abuso de órdenes de protección y de las alegaciones infundadas de *mala comunicación* para sugestionar a los jueces en contra de mayores visitas por parte de los padres.¹⁰¹

Quizás el criterio más sugestivo de los prejuicios contra un hombre buscando ejercer la custodia compartida es la evaluación de *los verdaderos motivos y objetivos* para solicitarla. En el discurso jurídico puertorriqueño está firmemente establecida la idea de que “a la gran mayoría de los padres divorciados *realmente* no les interesa obtener la custodia de los hijos e hijas”.¹⁰² La ahora retirada profesora de Derecho de Familia Ivette Ramos Buonomo llegó a esta conclusión en su artículo *Discrimen por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Potestad y Pensión Alimentaria*.¹⁰³ Para respaldar su conclusión, la profesora explica que “la vasta mayoría de las mujeres” sí solicitan la custodia mientras que los hombres no la solicitan.¹⁰⁴ Sin embargo, muy elocuentemente reconoce que:

[E]l caso parece sugerir que la única forma de un padre lograr la custodia de sus hijos e hijas es si, por alguna razón contraria a *la ley natural*, la madre es inepta para las funciones de la custodia o, lo que sería lo mismo, si la mujer cede la custodia. Ello implica que el padre, a los fines de lograr la custodia, más que presentar los atributos que le adornan a él para el cuidado de los niños y las niñas, se verá obligado a destruir la imagen de la madre, pues es el único medio a su alcance para rebatir la presunción de superior idoneidad de ésta como custodio.¹⁰⁵

Este razonamiento, sin embargo, tiene otra interpretación. Los hombres no solicitan la custodia porque el sistema judicial establece una clara preferencia a favor de la madre. Bajo estas circunstancias sería fútil que un hombre solicitara la custodia, salvo en los casos en que la madre sea una *inepta* y este hecho sea fácil de probar. Como explica Ramos Buonomo, salvo circunstancias excepcionales, un hombre no podrá obtener la custodia, y de obtenerla, en el proceso habrá

101 Como parte del proceso para realizar este escrito se llevaron a cabo entrevistas con una docena de abogados y abogadas de familia. Un tema recurrente entre estos representantes legales lo fue las estrategias para efectivamente rebatir una petición de custodia monoparental de parte de un hombre. Las estrategias más citadas fueron el lograr la expedición de órdenes de protección como arma para destruir el carácter de la ex pareja y la creación de un estado de mala comunicación.

102 Ramos Buonomo, *supra* nota 36, en la pág. 1066 (énfasis suplido).

103 *Id.*

104 *Id.*

105 *Id.* en la pág. 1063.

tenido que montar una campaña para destruir la imagen de la madre de sus hijos.¹⁰⁶ Por lo tanto, no fluye lógicamente la contención de que los hombres no solicitan la custodia porque *realmente* no les interesan sus hijos.

Interesantemente, Ramos Buonomo también abunda sobre las razones por las cuales las mujeres se ven compelidas a solicitar la custodia:

Las instituciones sociales ejercen una presión inmensa para lograr que los individuos, sobre todo las mujeres, conformen su comportamiento con los roles estereotipados que se les ha asignado por razón de género. La creencia general, sustentada por nuestro Tribunal Supremo, de que por ley natural e imperativo biológico la mujer está más capacitada para dar cariño y cuidar de sus hijos e hijas con más dedicación y celo, hace poco menos que imposible para una mujer renunciar a la custodia de sus hijos e hijas. De hacerlo, se le consideraría una mala mujer, una madre desnaturalizada que abandona a sus hijas e hijos

. . . Cuando la custodia está en controversia, las mujeres se ven compelidas a luchar por obtenerla a como dé lugar, pues si pierden esta batalla se les considerará en más baja estima que si meramente entregan los niños y niñas al padre. El hecho de que el Tribunal le niegue la custodia a la madre indica que, a la luz de los factores a considerar, está descualificada como madre, e implícitamente, como mujer.¹⁰⁷

Este razonamiento, junto con la presunción del Tribunal Supremo sobre la mejor aptitud de la madre para criar, explica parte de la razón por la cual las mujeres solicitan la custodia. Por lo tanto, la falta de solicitud de los padres no debe interpretarse como evidencia persuasiva de “las preferencias de los litigantes”,¹⁰⁸ como lo hace Ramos Buonomo. Por el contrario, ilustra la realidad de un sistema judicial que se basa en roles estereotipados y que ciegamente favorece a las mujeres como custodios. Si el sistema no tuviera una preferencia basada en género y aún así existiera una disparidad significativa a la hora de solicitar la custodia, entonces sería razonable concluir que a la mayoría de los hombres no les interesa la custodia de sus hijos.

Dado este trasfondo, especificar que un tribunal debe considerar los verdaderos motivos y objetivos de los progenitores a la hora de evaluar la custodia compartida abre la puerta a que ideas prejuiciadas se expresen en el discurso jurídico en materia de familia. Y, aunque es importante que ambos padres tengan el firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente, resulta sospechosa la necesidad de la Ley de sugerirle al Juez o Jueza el que debe considerar posibles intenciones ocultas.

En conclusión, la Ley de Custodia Compartida es un primer paso en la dirección correcta. Sin embargo, la misma provee una gran cantidad de herramientas para que la judicatura pueda justificar mantener el status quo, especialmente

106 *Id.*

107 *Id.* en la pág. 1066.

108 *Id.* en las págs. 1066-67.

cuando le facilita a cada juez o jueza la creación de criterios de su preferencia para denegar la misma. De igual manera permite el que se cuestione las verdaderas motivaciones detrás de las razones expresadas por las partes para solicitar la custodia compartida. Esto se presta perfectamente para perpetuar el estereotipo de que la verdadera intención de los hombres al pedir la custodia compartida es reducir el monto de la pensión a expensas del mejor interés de sus hijos.

B. Los intereses económicos detrás de la custodia

Quizás la acusación que más fácil se esgrime contra los hombres que reclaman mayor tiempo con sus hijos es que su verdadera intención es buscar una reducción en la pensión alimentaria. Detrás de esta alegación, sin embargo, existe una verdad innegable: el régimen de pensiones establecido en Puerto Rico fomenta que las mujeres luchen por obtener y mantener la custodia de sus hijos. Esto es así, ya que el componente más importante de la pensión, la pensión básica, es calculado a base de un porcentaje del ingreso del hombre, independientemente del nivel de ingresos de éste.¹⁰⁹ Así, entre más ingresos genere un hombre, mayor es la pensión a pagarse. En el caso que la pensión sea suficiente para cubrir los gastos del menor, a más ingreso, mayor sobrante disponible para la madre.¹¹⁰ La Ley de ASUME, además, dispone que entre más tiempo un hombre pasa

109 Administración para el Sustento de Menores, Guías para Determinar y Modificar las Pensiones Alimentarias en Puerto Rico, Reglamento Núm. 7135, art. 6 (2007), disponible en <http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%AD>

[as%20para%20Determinar%20y%20Modificar%20las%20Pensiones%20Alimentarias%20en%20Puerto%20Rico.pdf](http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%AD). Para determinar la pensión alimentaria básica a la que tiene derecho el/la alimentista, se utiliza la siguiente tabla. Los número son factores que se multiplican por el ingreso neto del padre. Así, un padre que tiene un ingreso neto de \$60,000 y un niño de trece años, pagaría el 28.13% de su ingreso como pensión básica. No hay límite al monto de la pensión. La única forma en que un padre no custodio de altos ingresos puede evitar pagar una pensión desmesurada es declarando “capacidad económica”. Dicha declaración implica que el padre no custodio pagará cualquier gasto de crianza razonable, independientemente de los ingresos del padre custodio. *Chévere v. Levis*, 150 D.P.R. 525, 545 (2000).

Tabla 1. Determinación de la pensión alimentaria básica

Número de menores	Edad del/la alimentista		
	0-4 años	5-12 años	13 años o más
1	.2011	.2218	.2813
2	.1292	.1472	.1987
3	.1007	.1172	.1643
4	.0863	.1020	.1470
5	.0801	.0953	.1391

110 Este sobrante el padre no custodio no puede fiscalizarlo de manera alguna. Véase *Guadalupe Viera v. Morell*, 115 DPR 4, (1983) (“El alimentante no puede escoger a su propio arbitrio la manera

con su hijo más se reduce el pago de la pensión básica.¹¹¹ Esta cruel realidad económica, es en gran medida responsable de que las determinaciones de custodia y las modificaciones de pensión sean tan cruentas. Al forzar a la madre a tener que reducir su ingreso mensual si permite que sus hijos pasen más tiempo con su padre, la madre promedio escogería el no reducir su ingreso. Igual ocurriría con el padre promedio si la situación fuese la opuesta. Al fin y al cabo, los padres y las madres son seres motivados en gran medida por un interés económico. Es necesario incorporar esta realidad a la hora de cambiar la dinámica del sistema de custodia.

Es por esto que la pensión alimentaria es una consideración importante a la hora de eliminar la violación de derechos constitucionales de los hombres en Puerto Rico. La pensión es un asunto de tal importancia que la nueva Ley lo maneja directamente en el artículo tres, el cual establece que:

De ninguna manera se entenderá que la adjudicación de la custodia compartida significará la no imposición de una pensión alimentaria a favor de los menores. Tampoco significará, necesariamente, la disminución o aumento en la misma. La determinación correspondiente se hará caso a caso, dependiendo del arreglo de custodia compartida que se decrete y siempre a la luz de lo dispuesto en la Ley Núm. 5 de 30 de diciembre de 1986, según enmendada, conocido como 'Ley para el Sustento de Menores'.¹¹²

El mero hecho de que la Ley maneja este asunto de manera tan enfática y que en los medios lo más que se enfatizó es que las pensiones no cambiarían es evidencia de la importancia medular que tiene este asunto.¹¹³ Sin embargo, es innegable el que la implementación de custodia compartida tendrá un efecto en el cálculo de la pensión.

Las Guías para determinar y modificar las pensiones alimentarias en Puerto Rico establecen una serie de fórmulas que toman en consideración el tiempo que un padre pasa con su hijo. Por ejemplo, el artículo siete provee que, “en aquellos casos *excepcionales* en los que el/la alimentista pase el veinte por ciento (20%) o más de tiempo con la persona no custodia [el padre en el 99% de los casos], esta última podrá solicitar y el/la juzgador/a podrá ordenar que se ajuste la pensión

como se ha de distribuir entre sus hijos la pensión impuesta por un tribunal, ni puede a su discreción decidir la manera de satisfacerla.”); (“La pensión alimenticia ha de satisfacerse en la cantidad dispuesta por el tribunal, sin descuentos hechos a voluntad del alimentante. Sólo cuando haya mediado acuerdo previo y la autorización del tribunal podrá el alimentante descontar del monto de pensión aquellas cantidades de dinero que gaste para beneficio de los menores”).

¹¹¹ Administración para el Sustento de Menores, Guías para Determinar y Modificar las Pensiones Alimentarias en Puerto Rico, Reglamento Núm. 7135, art. 7 (2007), disponible en <http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%ADAs%20para%20Determinar%20y%20Modificar%20las%20Pensiones%20Alimentarias%20en%20Puerto%20Rico.pdf>.

¹¹² Ley Protectora, art. 3, en las págs. 4-5.

¹¹³ Véase *Entrevista al Senador Carmelo Ríos en Univisión Puerto Rico*, YOU TUBE (26 de noviembre de 2011) http://www.youtube.com/watch?v=g_RW4nN9JhY.

alimentaria básica¹¹⁴ cuando existe un plan de relaciones paterno-materno filiales. El porcentaje del descuento es igual al porcentaje de tiempo que el menor pase con el padre. Por ejemplo, si el menor pasa el treinta y cinco por ciento del tiempo con el padre, la pensión básica se reduce por ese mismo factor. Por ende, entre más tiempo pase un papá con su hijo, menos pensión recibirá la mamá.

Para ilustrar la relación de cómo el tiempo que el menor pasa con el padre afecta el monto de la pensión, se usará como ejemplo una situación hipotética en la que hay un niño de siete años. Se hará el ejercicio bajo tres escenarios diferentes. En el primer caso, el padre tiene un ingreso de \$4,000 mensuales netos y la madre custodia \$2,000 mensuales netos. Los gastos a tomar en consideración para determinar la pensión suplementaria, educación, cuidado y salud, suman \$666 mensuales. A este número hay que añadirle \$400 mensuales en concepto de vivienda, suponiendo que el menor vive con la madre custodia en un lugar donde la renta o hipoteca asciende a \$800¹¹⁵. Bajo estas circunstancias, un padre que se relacione con su hijo el diez y ocho por ciento del tiempo tendría una pensión básica de \$887 mensuales y una pensión suplementaria de \$703 mensuales, para un total de \$1,590 mensuales. Suponiendo que el menor pasa treinta por ciento del tiempo con su papá, la pensión básica se reduciría a \$621 mensuales, para una pensión total de \$1,324. Esto representa una reducción de \$266 mensuales.

En el segundo caso, se usa el mismo concepto de gastos, pero se invierten los ingresos de los padres; es decir, la madre custodia gana \$4,000 mensuales netos y el padre gana \$2,000 mensuales netos. La pensión total para un menor que pase el diez y ocho por ciento del tiempo con su papá, sería de \$795 mensuales. Suponiendo que el menor pase el treinta por ciento del tiempo con su papá, la pensión se reduce a \$662 mensuales. Esto representa una reducción de \$133 mensuales.

El último caso de pensión bajo el régimen de custodia monoparental supone que ambos padres tienen el mismo ingreso mensual neto, en este caso \$3,000. El ejercicio revela que el total de la pensión, si el menor pasa el diez y ocho por ciento del tiempo con el padre, sería de \$1,198 mensual. Al pasar el treinta por ciento del tiempo con su papá, la pensión baja a \$998 mensuales.

Las Guías utilizan una fórmula diferente para determinar la pensión en casos de custodia compartida. En la definición de custodia compartida, las Guías suponen que el menor pasa la mitad de su tiempo con cada uno de sus progenitores y que tiene un espacio físico en la casa de cada uno de estos. Por ende, no

¹¹⁴ Administración para el Sustento de Menores, Guías para Determinar y Modificar las Pensiones Alimentarias en Puerto Rico, Reglamento Núm. 7135, art. 7 (2007), disponible en <http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%ADas%20para%20Determinar%20y%20Modificar%20las%20Pensiones%20Alimentarias%20en%20Puerto%20Rico.pdf>.

¹¹⁵ La Ley de ASUME establece que el padre subsidiará el gasto de vivienda de la madre del menor en la proporción que represente el menor del total de ocupantes. Así, si hay dos ocupantes en la residencia, el menor siendo uno de ellos, se adjudicará la mitad del gasto anual de hipoteca o alquiler al menor.

toma en consideración el pago mensual de vivienda de ninguno de los padres. Para calcular la pensión en estos casos, se utiliza la misma fórmula aplicada a los padres no custodios con la diferencia de que la pensión alimentaria básica de cada uno es dividida por la mitad. La pensión final se calcula restando la pensión menor de la mayor y el balance se convierte en la pensión a pagarse al progenitor que tiene la pensión menor. Aplicando el régimen de custodia compartida al caso hipotético anterior—en el cual un padre gana \$4,000 mensuales netos y el otro \$2,000 mensuales netos—el padre que gana \$4,000 tendría que pagarle \$435 mensuales al otro progenitor, irrespectivo de su género. En el caso que ambos padres tengan el mismo ingreso, no habría pensión.

Este ejercicio ilustra varios asuntos importantes. Primero, las Guías han creado un incentivo económico que fomenta el sistema de custodia monoparental. Según las Guías, la pensión alimentaria básica se define como la:

Participación del ingreso neto de la persona no custodia que se dedica al pago de gastos mínimos en los que es necesario incurrir para la crianza del/la alimentista. Los gastos mínimos incluyen aquellos gastos por concepto de alimentación, utilidades, transportación, entretenimiento, vestimenta, excepto gastos de uniforme.¹¹⁶

Sin embargo, la pensión básica no se calcula tomando en consideración los gastos reales del hijo sino que aplica un factor al ingreso del padre no custodio. Este factor varía, en los casos de un solo hijo, desde un veinte punto once por ciento cuando el niño tiene entre cero y cuatro años hasta un veinte y ocho por ciento punto trece por ciento cuando el niño tiene entre trece y veinte y un años.¹¹⁷ Por lo que, a mayor ingreso, mayor pensión básica, independientemente de los gastos reales del menor. Así, por ejemplo, si un padre no custodio tuviese un ingreso neto de \$1,000 mensuales, su pensión básica sería de \$222 mensuales, pero si su ingreso fuera de \$10,000 mensuales, su pensión básica sería de \$2,218 mensuales. A estas cantidades todavía resta añadirle el monto de la pensión suplementaria. Resulta claro que, en muchas ocasiones, la pensión básica cubre mucho más allá de los gastos mínimos contemplados en la guía. Por lo tanto, la madre custodia termina recibiendo más dinero del que hace falta para las necesidades del menor.

Las Guías crean un incentivo económico adicional al otorgar una mayor pensión a aquellas madres custodias cuyos hijos no pasan más del veinte por ciento de su tiempo con el padre. Esto es así porque en estos casos, no aplica un ajuste en la pensión básica. Muy reveladoramente, las Guías clasifican los casos en que

¹¹⁶ Administración para el Sustento de Menores, Guías para Determinar y Modificar las Pensiones Alimentarias en Puerto Rico, Reglamento Núm. 7135, art. 4 (2007), disponible en <http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%ADas%20para%20Determinar%20y%20Modificar%20las%20Pensiones%20Alimentarias%20en%20Puerto%20Rico.pdf>.

¹¹⁷ Véase *supra* nota 106.

un niño pasa más del veinte por ciento del tiempo con su padre como casos excepcionales.¹¹⁸ Peor aún, las Guías establecen que el Tribunal no está obligado a conceder este ajuste.¹¹⁹ Esta norma debe ser cambiada ya que dicha discreción permite la entrada de discrimen por parte del adjudicador.

En contraste, el cálculo para determinar la pensión suplementaria sólo toma en consideración el ingreso neto total de ambas partes y la proporción que representa el ingreso de cada progenitor en relación al ingreso total. De esta manera, cada progenitor aporta a los gastos reales del niño de acuerdo a su capacidad financiera, independientemente del tiempo que cada uno pase con él. Por ejemplo, un padre cuyo hijo tiene un gasto de \$8,000 anuales y cuyo ingreso representa el sesenta por ciento del ingreso total de ambos progenitores, pagaría una pensión de \$400 mensuales, en vez de \$1,287 al incluir la pensión básica.

Otro asunto importante es que, según las Guías, se supone que las tablas se revisen “por lo menos cada cuatro (4) años para asegurar que las pensiones alimentarias resultantes de su aplicación sean justas y adecuadas”.¹²⁰ Las mismas Guías describen un comité especial que se creó para este propósito. Sin embargo, esto no ha ocurrido aunque han pasado más de cuatro años. Durante el 2010, el economista Carlos Rivera Galindo preparó un estudio para revisar tales Guías. Su metodología consistió en tomar como punto de partida los costos reales de la crianza de un hijo en el 2009, según el Departamento de Agricultura federal, incluir un ajuste por la inflación experimentada en el 2010 y ajustar este número a la realidad de los ingresos promedios de los puertorriqueños.¹²¹ La recomendación de Rivera Galindo reduciría las pensiones significativamente. Esto creó un revuelo entre las madres custodias que vieron amenazado el sobrante de la pensión y, en consecuencia, llevó a la clase política del País a ponerle un freno a la implementación de las Guías revisadas hasta nuevo aviso.¹²²

Al considerar que el noventa y nueve por ciento de los padres no custodios son hombres, la forma en que las Guías están redactadas perpetúa el sistema de custodia monoparental. En su aplicación, las Guías fomentan los mismos roles estereotipados encontrados en el discurso jurídico puertorriqueño, donde la madre cría y el padre es primordialmente un proveedor de financiamiento. No será hasta que se elimine el incentivo económico creado por las Guías que las pensiones dejarán de ser una barrera a la implementación de un sistema de cus-

118 Administración para el Sustento de Menores, Guías para Determinar y Modificar las Pensiones Alimentarias en Puerto Rico, Reglamento Núm. 7135, art. 7 (2007), disponible en <http://www2.pr.gov/agencias/asume/Documents/Leyes%20y%20Reglametos/Gu%C3%ADas%20para%20Determinar%20y%20Modificar%20las%20Pensiones%20Alimentarias%20en%20Puerto%20Rico.pdf>.

119 *Id.*

120 *Id.* en el art. 8.

121 Gloria Ruiz Kuilan, *Fuera de ley las nuevas guías alimentarias*, EL NUEVO DÍA, 5 de julio de 2011.

122 *Id.*

todia compartida que realmente tenga como su norte los mejores intereses de los hijos e hijas.

III. RECOMENDACIONES

Frecuentemente la tradición y la cultura de un pueblo son los mayores obstáculos para su progreso. Vale la pena preguntarse, ¿por cuántos siglos las personas de raza negra fueron formalmente limitadas por el mero color de su piel? ¿Por cuántos años las mujeres fueron encajonadas en las tareas domésticas y la crianza de los hijos por el mero accidente de haber nacido mujer? Al presente cabe preguntarse, ¿cuánto más tiempo se tolerará el que los hombres y las mujeres no puedan tener relaciones equivalentes con sus hijos? Es por la tendencia del ser humano a aferrarse ciegamente a nociones costumbristas de escasa profundidad intelectual, que cambiar el régimen de custodia en Puerto Rico requerirá de mucho más que una política pública limitada a fomentar la custodia compartida.

Es nuestra opinión que para conseguir una aproximación sustancial a la igualdad real entre los sexos en materia de familia, se requieren por lo menos seis cambios sustanciales que deberán ser implementados a corto y a largo plazo. A corto plazo, es esencial que se limite sustancialmente la discreción de los jueces y las juezas de familia y de las unidades de familia. La manera más directa de lograr dicho cometido es enmendando la Ley de Custodia Compartida y el artículo 107 del Código Civil para establecer dos cosas. Primero, una presunción controvertible de que la custodia compartida será el acuerdo que regirá entre los padres. De esta manera, se le haría difícil a los jueces y juezas de familia tomar decisiones basadas en sus costumbres o experiencias personales. Por otro lado, al igualar a la madre y al padre en términos de control sobre los hijos, se evita el desbalance en el poder que rutinariamente lleva a una parte a poder discriminar contra la otra.¹²³ Segundo, se debe establecer, como estándar probatorio para

¹²³ Véase Edward J. Winter & Brian R. Hersh, *Child Custody Litigation*, 22 AM. JUR. TRIALS 347 (2012).

The law has been progressing and has progressed in a number of jurisdictions to the point where it is recognized that the purpose and spirit of the best interest theory cannot be given full force and effect unless both parents stand on an equal footing, with neither mother nor father receiving preference in custody matters. Both state legislatures—including those of California, Colorado, Florida, New York, and Wisconsin—and the courts have been implementing this theory and certainly paying it more than lip service. Though there are some states that have yet to adopt this view, it can be expected to attain acceptance in the vast majority of jurisdictions in the foreseeable future.

The equality of the parents theory is in line with contemporary thought in psychology, sociology and economics. As one court has put it:

What a mother's care means to her children has been so much romanticized and poeticized that its reality and its substance have sometimes been lost in the flowers of rhetoric. Not all mothers can lay claim to such eulogy. . . .

rebatir la presunción controvertible, el estándar de evidencia clara, robusta y convincente. Esto resulta necesario dada la importancia que tienen las relaciones de los hijos con sus padres. No se debe permitir que un funcionario del Estado, por una creencia sin fundamento o una mera alegación de mala comunicación, destruya las relaciones familiares luego de una separación. Por lo tanto, es esencial recortar el poder del Estado para modificar las relaciones familiares, particularmente cuando los cambios se fundamentan en la costumbre o tradición.

Como segundo cambio a corto plazo, es esencial que se enmiende la Ley de ASUME para eliminar el potencial de altos niveles de sobrante que hacen de la adjudicación de custodia un negocio para muchas madres. Una nueva Ley debe buscar dividir los gastos necesarios para la crianza del niño entre ambos padres de manera proporcional a los ingresos de cada uno. De esta manera, se le da una oportunidad real a que florezca el interés de cada padre y cada madre a criar a su hijo, independientemente del interés económico. Es de esperarse, claro está, que numerosas madres custodias se opongan a la custodia compartida por no perder una parte sustancial de sus ingresos de libre disposición. Al fin y al cabo, los padres y las madres son seres humanos que no son inmunes a los intereses económicos.

Como tercer cambio a corto plazo, resulta importante crear transparencia en el sistema de familia. La Rama Judicial debe publicar mensualmente un agregado de las decisiones de custodia, patria potestad y visitas tomadas por los jueces en cada tribunal de primera instancia. Solo así, se podrá medir el progreso en materia de derechos constitucionales.

A largo plazo, sin embargo, urge una reforma conceptual de la normativa de familia. Dicha reforma debe estar dirigida a reenfocar el sistema a uno que minimice las fricciones por las que pasa una familia durante y luego de un divorcio o separación. Primero, se deben eliminar las causales de divorcio contenciosas. Si hubo infidelidad, trato cruel, alcoholismo u otros asuntos, no es pertinente para la disolución de un lazo matrimonial el que un funcionario del Estado tenga que escuchar todas las intimidades de la pareja. El obligar a dilucidar estos asuntos en un tribunal es una violación al derecho a la intimidad de los ciudadanos, máxime cuando los expedientes de divorcios están disponibles para cualquier persona interesada. El enfoque del sistema debe permitir que la pareja promedio pase por el proceso de divorcio o separación de manera expedita para que cada individuo se pueda reponer emocional y económicamente lo antes posible. Al fin y al cabo, lo que éstos buscan es salir de una relación que no funcionó y un nuevo comienzo, todo sin perder las relaciones con sus hijos.

Segundo, en los casos donde haya evidencia clara, robusta y convincente de que es necesaria la intervención del Estado, el mismo deberá intervenir para salvaguardar los intereses de los menores. Sólo con un estándar probatorio más alto, se puede empezar a reducir la injerencia desbocada del Estado en materia de familia. Como implica el Tribunal Supremo de Estados Unidos, el poder de

parens patriae tiene que ceder ante el derecho fundamental a la crianza de los padres.¹²⁴ Naturalmente, ante situaciones evidenciadas de violencia o negligencia contra los niños, el Estado debe poder tomar cartas en el asunto.

Por último, cabe preguntar por qué no remover del sistema adversativo la mayoría de los asuntos de custodia y patria potestad. Conceptualmente, y visto de una manera en extremo generosa, el sistema adversativo busca el florecimiento de la verdad en medio del conflicto entre dos partes. ¿Es un ambiente adversativo el adecuado para resolver asuntos de custodia? Dado el fracaso del presente sistema, la contestación es claramente no. Un sistema adversativo en materia de familia fomenta el uso del Derecho como arma y no como herramienta para fortalecer a la familia. Este sistema, sumado a la gran carga de trabajo de la Rama Judicial en Puerto Rico, fomenta la aplicación rutinaria del precedente sin que las características de los individuos sobresalgan ante los jueces y juezas o la unidad de familia. Por último, un sistema adversativo de familia garantiza que lo que pudiera quedar de sentimiento familiar termine siendo destruido en el nombre de los estereotipos y el discrimin.

CONCLUSIÓN

La nueva Ley de Custodia Compartida es un paso importante en el camino hacia la igualdad de género en los tribunales de familia de Puerto Rico. Es, quizás, la primera pieza necesaria para traer el péndulo del discrimin a descansar permanentemente. Sin embargo, acercar a la sociedad puertorriqueña hacia este ideal requerirá mayores esfuerzos. Aún imaginando que los tribunales se desprendieran súbitamente de su *visión de pueblo* y comenzaran a ver que el mejor bienestar del menor no se sirve al irreflexivamente adjudicar la custodia a las madres, quedan toda una serie de incentivos para mantener el status quo.

Los próximos pasos a tomar están en las manos de la Legislatura. Como mínimo, se debe enmendar la Ley de Custodia Compartida para reducir la discreción de los jueces y juezas y así corregir el abuso a los derechos constitucionales fundamentales de los hombres en Puerto Rico. La Legislatura debe crear una presunción a favor de la custodia compartida y codificarla en el Código Civil. Por otro lado, es imperativo reformar el sistema de pensiones para que el apoyo económico a la crianza no fomente la custodia monoparental y la desigual aplicación de las leyes.

El cambio también debe efectuarse en la Rama Judicial. Al presente, las unidades de familia y los jueces le imponen a la familia puertorriqueña una visión arcaica y sin fundamento. El poder de *parens patriae* es quizás, el poder más importante que tiene el gobierno en sus manos en materia de familia ya que su uso

¹²⁴ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997) (“In a long line of cases, we have held that, in addition to the specific freedoms protected by the Bill of Rights, the ‘liberty’ specially protected by the Due Process Clause includes the right . . . to direct the education and upbringing of one’s children.”).

o abuso cambia la forma de las relaciones de los integrantes de una familia de por vida. Al darle prácticamente todo el poder a la madre y despojar al padre de su relación con sus hijos, la Rama Judicial envía un mensaje claro a los futuros puertorriqueños: los hombres sirven primordialmente para financiar y sólo las mujeres deben criar. Peor aún, las presentes decisiones en materia de custodia crean una profecía auto ejecutable: al penalizar al hombre emocional y financieramente, crean un incentivo para que muchos padres, ya sea por evitar mayor dolor o por presión social, abandonen a sus hijos.

Por último, el cambio necesario para salir del discrimen contra los hombres en las salas de familia necesita de la acción ciudadana. Es esencial que los hombres y las mujeres se movilicen para exigirle a su Legislatura que cambie las leyes. Al fin y al cabo, lo que se busca no es beneficiar el hombre a expensas de la mujer. Lo que se busca es igualdad de género, algo por lo cual las mujeres puertorriqueñas lucharon por décadas para obtener y que al día de hoy todavía no se ha materializado del todo. Finalmente, lo que se busca es que, tras cientos de años de discrimen contra la mujer o contra el hombre, se declare en los tribunales de familia la igualdad formal de los padres y las madres y comience el camino hacia la igualdad real. Ya es hora de dar un paso concreto hacia la realización de los ideales de igualdad y debido proceso de ley plasmados en la Constitución. Los hijos e hijas de Puerto Rico no merecen nada menos.