

LO QUE NO SUCEDIÓ: UN ANÁLISIS DE LA LEY 223-2011 SOBRE EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DE CUSTODIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

ARTÍCULO

Ingrid S. Caro Cobb

I. Introducción	307
II. La custodia compartida	309
III. La Mediación.....	318
IV. La ley protectora de los derechos de los menores en el proceso de adjudicación de custodia	326
V. Comentarios finales	329

I. Introducción

El 21 de noviembre de 2011 la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia.¹ (En lo sucesivo, *Ley 223*). Esta legislación establece como política pública la garantía de que los menores de edad, en la medida en que sea posible, disfruten de la participación activa y constante de ambos progenitores. De esta manera se proclama la custodia compartida y corresponsabilidad sobre los hijos como política pública del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.² Según la Exposición de Motivos de la Ley, los menores de edad que son producto de relaciones matrimoniales disueltas merecen la misma atención que los menores de edad que disfrutaban de la atención de ambos progenitores.³ El Artículo 2 de la

* Estudiante de tercer año de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y redactora de la Revista Jurídica. Se le agradece profundamente al Profesor Gerardo J. Bosques Hernández y a la Dra. Iris Camacho Meléndez por el tiempo y la dedicación que me brindaron. Sus comentarios, la aportación de su conocimiento y experiencia fueron medulares para el desarrollo de este artículo. Igualmente, agradezco el interés, la dedicación, pero sobre todo, el tiempo de Melissa Marchany Carrasquillo, Directora Ejecutiva de la Revista Jurídica.

¹ Ley 223-2011 del 21 de noviembre de 2011, 32 L.P.R.A. §§ 3181-3188.

² *Id.* Art. 2.

³ Exposición de Motivos de la Ley Núm. 223-2011.

referida ley⁴ establece que el ejercicio de la paternidad y maternidad responsable no se puede circunscribir a relaciones filiales en fines de semanas alternos. Todo lo contrario, el ejercicio de una maternidad y paternidad responsable descansa en la participación activa de ambos padres en el desarrollo de sus hijos.

A tenor con esto, la legislación contempla tres supuestos en el ámbito de las determinaciones o adjudicación de custodia compartida. Como primer supuesto, establece que si ambos padres están de acuerdo en asumir la custodia compartida de los menores, le someterán al Tribunal una estipulación a esos efectos.⁵ El segundo supuesto contemplado en la ley dispone que si alguno de los progenitores no tiene representación legal o existe desacuerdo en cuanto a los términos de la custodia compartida de sus hijos menores de edad, las partes serán referidas al programa de mediación del Tribunal o a un Mediador certificado para que ayude a los progenitores a llegar a un acuerdo.⁶ Como tercer supuesto, la recién aprobada legislación establece que si uno de los progenitores no está de acuerdo o desea la custodia monoparental, el juez deberá referir el caso a un trabajador social de Relaciones de Familia para que realice una evaluación y rinda un informe con sus recomendaciones, siguiendo los criterios establecidos en la ley.⁷ La ley sin embargo, excluye la posibilidad de establecer un proceso de mediación familiar entre ambos progenitores cuando éstos no hayan acordado la custodia compartida.

Es por ello que este artículo discutirá la mediación familiar como alternativa viable al proceso adversativo. El proceso adversativo es la base de la adjudicación de controversias en nuestro sistema jurídico. Es hartamente conocido que el sistema adversativo se caracteriza, precisamente, por el choque de posiciones encontradas en el contexto de un debate. En este debate, no basta con tener la razón en términos sustantivos y contar con la prueba necesaria, sino que también se tendrá que persuadir y convencer al juzgador sobre la validez del planteamiento del reclamante frente a la posición de la parte contraria.⁸ Por tanto, en un sistema adversativo como el nuestro, la adjudicación se caracteriza por que necesariamente una de las partes resulta vencedora y la otra perdedora.

Este artículo comenzará exponiendo el desarrollo de la custodia compartida en nuestra jurisdicción, así como el desarrollo de este concepto en diversas jurisdicciones norteamericanas y en España. De dicha exposición analizaremos la definición de la custodia compartida contemplada en la *Ley 223* y se comparará con las definiciones alternas en otras jurisdicciones. De esta manera, delimitaremos la definición del concepto de la custodia compartida y propondremos una nueva definición. Acto seguido, expondremos el marco doctrinal de las determinaciones

⁴ *Id.*, Art. 2.

⁵ 32 L.P.R.A. § 3184.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*

⁸ J. Fontanet Maldonado, *La persuasión y el modelo adversativo*, 43 Rev. Jurídica U. Inter. P.R. 489, 490 (2009).

de custodia en el derecho puertorriqueño y el desarrollo del criterio rector del mejor interés y bienestar del menor. De igual forma, expondremos otras propuestas desarrolladas en nuestra jurisdicción sobre la custodia de los menores. Luego de ese marco normativo, expondremos los conceptos generales de la mediación y el desarrollo de la mediación en Puerto Rico como introducción a la mediación familiar. Como parte de la exposición sobre la mediación familiar expondremos el desarrollo de este proceso en Estados Unidos y en España. Luego, procederemos a exponer el proceso de determinación de custodia según desarrollado por el legislador en la *Ley 223*. Esto con el propósito de encaminar nuestra conclusión de que el legislador no auscultó la mediación familiar como alternativa viable al proceso adversativo, de modo tal que se evite someter al menor a los vejámenes inherentes al proceso adversativo. En las relaciones de familia, en específico, la existencia o posible existencia de tensiones y hostilidades durante el proceso judicial entre ambos progenitores hace que el modelo adversativo choque con el criterio que rige las determinaciones del tribunal, entiéndase, “el mejor bienestar del menor”.

II. La custodia compartida

A. Concepto

i. La custodia compartida en Puerto Rico

En nuestro ordenamiento jurídico, la custodia compartida no es de nueva creación. La jurisprudencia puertorriqueña acuñó el concepto al considerar que luego del divorcio, ambos progenitores pueden ostentar la patria potestad y custodia de sus hijos conjuntamente.⁹ Así, se estableció que las determinaciones de patria potestad y custodia compartida pueden construir instrumentos positivos y alternativas adicionales para los tribunales en el descargo de su poder de *parens patrie*.¹⁰ Por tanto, al adoptar este concepto, la casuística estableció que la determinación que haga el tribunal responderá a la ponderación de varios factores, a saber; (1) si existe una probabilidad real de que el esquema de patria potestad y custodia compartida propuesto por los progenitores funcione entre los ex cónyuges que la solicitan; (2) que exista un acuerdo previo de ambos progenitores a los efectos de que desean que la patria potestad y custodia sea compartida entre ambos; (3) evaluar si el deseo de los progenitores, en efecto, promueve el mejor bienestar del menor y verificar que la determinación de los padres no sea producto de la irreflexión, coacción y que por lo tanto cause un mayor perjuicio al menor del que se trata evitar; (4) si los padres poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar a sus hijos conjuntamente; (5) evaluar si los padres han superado las

⁹ *Ex Parte Torres*, 118 D.P.R. 469 (1987).

¹⁰ R.Serrano Geys, *Derecho de Familia de Puerto Rico y legislación comparada* Vol. II cap. XII pág. 1318 (Programa de Educación Jurídica Continua Universidad Interamericana, Facultad de Derecho, 2002).

desavenencias personales para de esta forma asegurar que ambos sostengan la adecuada comunicación para tomar las decisiones conjuntas que redunden en el beneficio y mejor bienestar del menor.¹¹ Para ello, el Tribunal Supremo enumeró una serie de preguntas que deberá hacerse el juzgador para evaluar los criterios antes mencionados: ¿Cuáles son los verdaderos motivos y objetivos por los cuales la pareja ha solicitado la patria potestad y custodia compartida?; La profesión, ocupación y 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 a la educación de los niños? ¹² Igualmente, la jurisprudencia reconoció que en caso de que el tribunal determine que las necesidades psicológicas o emocionales del niño y su desarrollo se verán afectados negativamente, rechazará la solicitud de patria potestad y custodia compartida y adjudicará la custodia conforme a la doctrina prevaleciente del mejor interés y bienestar de menor.¹³

Posteriormente en el año 2011 la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó la *Ley 223*.¹⁴ La referida legislación 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”.¹⁵ El Artículo 3 de la legislación¹⁶ enfatiza que la custodia compartida no requiere, necesariamente, que el menor pernocte en la residencia de sus progenitores por un espacio de tiempo equitativo. Sin embargo, dispone que si el menor pernocta en el hogar de un solo padre, se otorgará la custodia compartida si el otro progenitor (entiéndase el progenitor con el cual el menor no reside) se relaciona de una manera amplia y desempeña sus funciones según “la patria potestad impone”.¹⁷

No obstante, la frase “*mayor tiempo posible*” parece indicar que la custodia compartida supone tiempo compartido. Del mismo modo, establece la obligación de ambos padres de ejercer las funciones inherentes a la crianza de sus hijos, pero no brinda mayores luces sobre su noción o alcance. Por tanto, el texto de la ley induce a confusión ya que parece equiparar la patria potestad a la custodia.

Es por ello que, a nuestro entender, la definición establecida en el estatuto adolece de deficiencias que ameritan ser revisadas. A continuación, se examinará el desarrollo del concepto de la custodia compartida en diversas jurisdicciones de los Estados Unidos y España con el propósito de hacer un análisis comparado y de esta

¹¹ *Ex Parte Torres*, 118 D.P.R., págs. 481-482.

¹² *Id.* pág. 482.

¹³ *Id.* pág. 483.

¹⁴ 32 L.P.R.A. § 3181-3188.

¹⁵ 32 L.P.R.A. § 3181.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

forma aportar al desarrollo de una definición más adecuada que a su vez refleje la realidad de lo que implica el concepto de la custodia compartida.

ii. La custodia compartida en Estados Unidos

En Estados Unidos el apoyo a la custodia compartida se desarrolló a finales del Siglo XX ya que reflejaba la igualdad de género a las determinaciones de custodia.¹⁸ El término de “*joint custody*”, en muchas jurisdicciones norteamericanas, implica la responsabilidad compartida de ambos progenitores en la crianza de los menores de edad.¹⁹ No obstante, también conlleva que un padre tenga la custodia física del menor.²⁰ Por tanto, el concepto implica que ambos progenitores conjuntamente tomarán las decisiones relacionadas a la crianza de los hijos (educación, tratamiento médico, etc.).²¹ El “*joint custody*” presupone una división equitativa del tiempo que el menor comparte en la residencia de cada uno de sus padres y les confiere a ambos progenitores la responsabilidad diaria de sus hijos.²² Mientras que el término “*joint legal custody*”, supone que ambos progenitores comparten la responsabilidad de tomar determinaciones importantes relacionadas con la crianza de los hijos tales como educación, salud, religión, etc.²³

Las jurisdicciones norteamericanas que han legislado sobre este tema han catalogado diversas ramificaciones del concepto “custodia compartida”, a saber: “*joint custody*”, “*joint physical custody*” y “*joint legal custody*”. En varios estados, el “*joint custody*” supone la custodia física conjunta (“*joint physical custody*”) y la custodia legal conjunta (“*joint legal custody*”).²⁴ Sin embargo, otros estados definen por separado los conceptos de “*joint physical custody*” y “*joint legal custody*”.²⁵ Mientras que en otros estados, los estatutos únicamente contemplan el “*joint custody*” sin hacer distinción entre “*legal*” o “*physical*”.

La custodia legal conjunta o “*joint legal custody*” implica que ambos padres tienen equidad de derechos y responsabilidades concernientes al menor, incluyendo

¹⁸ Douglas Abrams, Naomi Cahn, Catherine J. Ross, David D. Meyer (*Contemporary Family Law* Sec. 5, p. 767 (2d Ed. West 2006).

¹⁹ 27C C.J.C. *Divorce* § 997 (2012).

²⁰ *Id.*

²¹ D. Meyer, *The Constitutional Rights of Non-custodial parents*, 34 Hofstra L. Rev. 1461, 1471 (2006).

²² *Id.* citando a P. Parkinson, *The Past Caeraking Standard in Comparative Perspective, in Reconceiving the Family: Critique in the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, (Robin Fretwell Wilson ed. 2006) 1114; M. Melli, *Child Custody in a Changing World: A Study of Postdivorce Arrangements in Wisconsin* 1997 U. Ill. L. Rev. 773, 799. Véase también, D. Abrams, N. Cahn, C. Ross, D. Meyer *supra* n. 18.

²³ D. Abrams, N. Cahn, C. Ross, D. Meyer, *supra* n. 18.

²⁴ Estos estados son, Alabama (Ala. Stat. tit.30 § 30-3-151 (1975); California (Cal. Stat. Ann. §3002); y Idaho (Idaho Stat. tit. 32 §717B).

²⁵ Estos estados son Missouri (Mo. Stat. tit. XXX §452.375) y Minnesota (Minn. Stat. §518.003).

pero sin limitarse a, su educación, cuidado médico y religiosidad.²⁶ De este modo, uno de los progenitores puede tener el poder de tomar ciertas decisiones sobre el menor, pero ambos padres tienen igualdad de derechos y responsabilidades sobre todas las demás decisiones relacionadas al menor.²⁷

La custodia física conjunta o “*joint physical custody*” se define como la custodia compartida por los progenitores de manera que se asegure un contacto frecuente y sustancial del menor con cada progenitor.²⁸ Sin embargo, lo anterior no necesariamente significa igualdad de tiempo.²⁹ El “*joint physical custody*” puede implicar, además, que cada progenitor tenga periodos significativos de custodia física del menor de modo tal que se asegure el contacto frecuente y continuo con cada uno de ellos.³⁰

De otra parte, “*joint custody*” se refiere a que cada progenitor tendrá periodos de responsabilidad definidos y significativos para con el menor.³¹ Cada progenitor ejercerá responsabilidad sobre las necesidades económicas, físicas y emocionales del menor durante el periodo en el que éste se encuentre con cada progenitor.³² Sin embargo, cualquier determinación trascendental o importante deberá ser tomada por ambos progenitores en conjunto.³³ El “*joint custody*” también se define como la custodia legal que ostentan ambos progenitores.³⁴ Supone, además, que el menor tendrá contacto continuo con ambos progenitores.³⁵ Otra definición de este concepto es la habilidad de ambos padres para cooperar efectiva y consistentemente en los asuntos que afectan directamente al menor.³⁶

iii. La custodia compartida en España

El desarrollo de la custodia compartida surgió de la propia jurisprudencia.³⁷ Los tribunales españoles, conscientes de las tendencias en la sociedad española, comenzaron a cuestionar el argumento de que el bienestar del menor era con la madre.³⁸ Sin embargo, no fue hasta el año 2005, mediante la Reforma implementada

²⁶ Ala. Stat. tit. 30, § 30-3-151 (1975).

²⁷ *Id.*; Idaho Stat. tit. 32 § 717B; Mon. Stat. tit. XXX § 452.375; Minn. Stat. § 518.003; Cal. Stat. Ann. § 3003; Mo. Stat. tit. XXX § 452.375; Minn. Stat. § 518.003.

²⁸ *Id.*, Mon. Stat.; Minn Stat.

²⁹ *Id.*; Idaho Stat. tit. 32 § 717B.

³⁰ Cal. Stat. Ann. § 3004.

³¹ N.M. Stat. § 40-4-9.1

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ Conn. Stat. tit. 46B § 46B-5a.

³⁵ *Id.*

³⁶ Ill. Stat. tit. 750 § 5-602.1.

³⁷ Cristóbal Pinto Andrade, *La custodia compartida. Estudio doctrinal introductorio, problemática jurisprudencial ordenada y sistematizada, esquemas procesales, formularios generales, casos prácticos, normativa reguladora*, Cap. III, pág. 51 (Bosch, 2009)

³⁸ Pinto Andrade, *supra*, n. 37.

con la Ley 15/2005,³⁹ que en España se formalizó la llamada custodia compartida como ejercicio de la patria potestad.⁴⁰ Así, con esta Reforma se introduce el requisito decisorio de los padres. Los progenitores deberán decidir, siempre en beneficio del menor, cómo éste se relacionará con cada uno de ellos y deberán procurar el “principio de corresponsabilidad”.⁴¹

La doctrina española hace una distinción entre las diversas acepciones de la custodia compartida, al igual que en las diversas jurisdicciones de los Estados Unidos discutidas en el acápite anterior. En ese sentido, se derivan tres conceptos: la custodia compartida en sentido estricto o restringido; la custodia compartida en el sentido amplio; y la custodia compartida en el sentido amplísimo.⁴²

El sentido estricto o restringido se basa en la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de los progenitores, así como la corresponsabilidad parental.⁴³ Esta acepción de la custodia compartida supone una predisposición por parte de ambos progenitores, ya que se trata de que los menores continúen su régimen de vida previo a la separación, con la diferencia de que los progenitores ya no conviven.⁴⁴ En el sentido amplio, la guarda y custodia de los hijos se entiende como un conjunto de prestaciones mediante el cual se cumple con los deberes parentales sin la restricción de la convivencia.⁴⁵ Los progenitores se reparten la custodia de sus hijos y realizan las tareas correspondientes al cuidado y atención del menor, así como la toma de decisiones ordinarias y cotidianas que susciten durante ese periodo.⁴⁶ Este concepto amplio excluye “los regímenes de custodia exclusiva con amplio derecho de visitas”.⁴⁷

Finalmente, la custodia compartida en el sentido amplísimo tiene características del modelo estricto pero incluye, además, la adjudicación de la custodia a un solo progenitor, disponiendo de un derecho de visita por periodos amplios con el otro progenitor.⁴⁸ Sin embargo, hay estudiosos que entienden que como el derecho de visita no es lo mismo que la custodia, esta acepción no forma parte de la custodia compartida.⁴⁹ Esto se debe a que hay una gran diferencia entre dividirse las

³⁹ Ley 15/2005 del 8 de Julio de 2005 BOE núm. 163.

⁴⁰ Pinto Andrade, *supra*, n. 37 pág. 54.

⁴¹ “...los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.” Ley 15/2005 del 8 de julio de 2005 BOE núm. 163.

⁴² Pinto Andrade, *supra*, n. 37 págs. 42-45.

⁴³ *Id.*, pág. 42-43.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Fabiola Lathrop Gómez, *Custodia compartida de los hijos*, cap. III, 216-217 (Wolters Kluwer, La Ley, 2008).

⁴⁶ Pinto Andrade, *supra*, n. 37 pág. 44.

⁴⁷ *Id.* pág. 45.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

responsabilidades del menor equitativamente (custodia compartida en el sentido estricto) versus compartir y estar más tiempo con el menor, mientras que el otro progenitor retiene la custodia (régimen amplio de visitas) es lo mismo que los progenitores se compartan las responsabilidades del menor equitativamente (custodia compartida en el sentido estricto) a que uno de los progenitores vea, comparta y esté más tiempo con el menor (régimen amplio de visitas).⁵⁰

Por lo discutido anteriormente, podemos concluir que la doctrina española entiende la custodia compartida como un concepto dual en el que los padres comparten las responsabilidades diarias inherentes a la crianza de sus hijos sin la necesidad de alternar las residencias o mediante periodos de tiempo repartidos entre los progenitores.⁵¹ Esto, a base de diversos modelos de convivencia pre-establecidos entre ellos.⁵²

iv. Delimitación

Lo anteriormente expuesto abre paso para que hagamos ciertas aclaraciones. Primeramente, la patria potestad se refiere al

[P]oder que incumbe a los padres sobre los hijos menores no emancipados para la realización de los deberes de alimentar, educar e instruir. Se trata de un conjunto de facultades reconocido a los padres por el ordenamiento jurídico para que puedan desempeñar el ejercicio del cuidado personal y la defensa de los intereses de los hijos.⁵³

Como recordaremos, la patria potestad es de carácter personal y por tal razón no puede ser ejercida por un tercero.⁵⁴ La custodia, por su parte, es un atributo de la patria potestad y se refiere a la tenencia física que tiene el progenitor sobre su hijo o hijos.⁵⁵

Es por ello, que no podemos confundir la patria potestad y la custodia, ya que ambas figuras conllevan consecuencias distintas. Por ejemplo, la custodia no da derechos sobre el menor y la patria potestad sí. Por tanto, somos del criterio que al definir la custodia compartida como la “obligación de ambos progenitores...de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos...”⁵⁶ induce a que se confundan los conceptos de patria potestad y custodia.

La custodia compartida, por tanto, implica la tenencia física del menor por uno de los progenitores pero asegurando un contacto sustancial con el otro progenitor. Esto

⁵⁰ *Id.*, pág. 46.

⁵¹ *Id.*, págs. 42-46.

⁵² Lathrop Gómez, *supra*, n. 4, pág. 286.

⁵³ R. Serrano Geyls *supra* n. 10 pág. 1254.

⁵⁴ *Id.* pág. 1266.

⁵⁵ *Id.* pág. 1306.

⁵⁶ 32 L.P.R.A. § 3181.

no debe suponer la alternancia de residencias –si ello no es viable– sino más bien, unos modelos de convivencia establecidos y acordados por ambos progenitores. Incluir el conjunto de deberes y prestaciones obligacionales que cada progenitor tiene sobre el menor sería el ejercicio de la Patria Potestad.

B. Las determinaciones de custodia en el Derecho puertorriqueño

El Artículo 107 del Código Civil de Puerto Rico⁵⁷ establece que en caso de divorcio, los hijos menores de edad quedarán bajo el cuidado y la patria potestad de aquel progenitor que el tribunal, en el ejercicio de su sana discreción, estime sea el que mejor vele por su bienestar e intereses.⁵⁸ Igualmente, el citado artículo establece que el progenitor no custodio tendrá derecho a sostener relaciones familiares con sus hijos en la manera y extensión que el tribunal imponga en la sentencia, según sea el caso.⁵⁹

La custodia, según definida por la jurisprudencia puertorriqueña, es un atributo inherente a la patria potestad.⁶⁰ Por lo tanto, la custodia de los menores no es, en estricta lógica, separable de la patria potestad, sino más bien un componente de ésta, ya que le impone a los padres el deber de cuidado. Más bien, la custodia es la tenencia o control físico que tiene un progenitor sobre sus hijos.⁶¹ La custodia, por tanto, “...es un componente de la patria potestad, pues impone a los padres el deber primario de tener sus hijos no emancipados en su compañía”.⁶²

i. El mejor interés y bienestar del menor

Basándose en el propio Artículo 107 del Código Civil,⁶³ la jurisprudencia puertorriqueña ha establecido que al hacer determinaciones sobre custodia, patria potestad y relaciones paterno filiales, los tribunales han de garantizar el mejor interés y bienestar del menor.⁶⁴ La casuística puertorriqueña ha enumerado una serie de criterios o factores para guiar al juzgador a determinar qué verdaderamente redundan en el mejor bienestar del menor. El Tribunal Supremo ha señalado que debe examinarse la preferencia del menor, su género, edad, salud mental, el cariño que le brindan sus progenitores (o las partes en controversia), la habilidad de las partes para satisfacer las necesidades afectivas, morales y económicas del menor, el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en la que vive, la

⁵⁷ 31 L.P.R.A. § 383.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Ex Parte Torres*, 118 D.P.R., págs. 476-477.

⁶¹ *Id.*

⁶² L. Muñoz Morales, *Reseña Histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico*, T.I, pág. 489 (Ed. U.P.R., 1947).

⁶³ 31 L.P.R.A. § 383.

⁶⁴ R. Serrano Geyls, *supra*, n. 10, pág. 1310.

interrelación del menor con las partes, los hermanos y otros miembros de la familia y la salud psíquica de todas las partes.⁶⁵ Estos criterios no son decisivos por sí solos. Sin embargo, la determinación que haga el juzgador deberá realizarse luego de evaluar y sopesar cada uno de los factores enumerados.⁶⁶

Con el pasar del tiempo, nuestro ordenamiento jurídico ha elaborado los criterios anteriormente mencionados. Por ejemplo, en cuanto a la habilidad de satisfacer necesidades afectivas y morales, se estableció que habrá que analizar el hecho de que los niños vean “cumplidas sus necesidades afectivas, morales y económicas”.⁶⁷ En cuanto a la situación económica de los progenitores, el Tribunal Supremo enfatizó que la solvencia económica de uno de los progenitores en comparación con el otro progenitor, no es por sí solo un factor determinante, ya que la pensión alimenticia subsana y remedia la posible desigualdad pecuniaria.⁶⁸ Igualmente, señala la jurisprudencia que habrá de sopesar en qué medida los niños pudiesen ajustarse al hogar, la escuela y la comunidad en la que residen o en la que residirán.⁶⁹ En cuanto a la preferencia del menor, el Tribunal Supremo estableció que el juzgador no viene obligado a entrevistar al menor o a los menores para saber su preferencia.⁷⁰ El juzgador deberá analizar la edad, el grado de apreciación de los hechos y otros elementos que entienda meritorios.⁷¹ Por tanto, la preferencia del menor, si bien es un factor que debe ser evaluado, el juzgador no necesariamente tendrá que basarse en el, sino que podrá descansar en su apreciación de los demás factores.⁷² Valga señalar que según la jurisprudencia puertorriqueña, la preferencia del menor puede llegar al tribunal por medio de otras vías, tales como el testimonio de los progenitores o de testigos e informes periciales.⁷³ Lo determinante será evaluar todo esto con los demás elementos establecidos en la jurisprudencia.⁷⁴

La determinación que hace un juzgador en los conflictos de custodia es una de las determinaciones más “difíciles, delicadas, juiciosas y trascendentales”.⁷⁵ Es precisamente por ello que entendemos que lo determinante es evaluar todos los elementos en su totalidad. Nuestro ordenamiento exige que los tribunales, antes de tomar una determinación –revestida de tal importancia– hagan un análisis “objetivo, sereno y cuidadoso de todas las circunstancias del caso presentes al momento de la consideración del tribunal, teniendo como único y principal objetivo el bienestar de los menores”.⁷⁶ Esto, no puede ser de otra forma conforme a la política pública del Estado.

⁶⁵ *Marrero Reyes v. García Ramírez*, 105 D.P.R. 90, 105 (1976).

⁶⁶ *Id.* Véase también *Nudelman v. Ferrer*, 107 D.P.R. 495, 511-512 (1978).

⁶⁷ *Nudelman*, 107 D.P.R., pág. 514.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*, pág. 516

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*, págs. 516-517.

⁷⁵ *Santana Medrano v. Acevedo Osorio*, 116 D.P.R. 298, 300 (1985).

⁷⁶ *Id.*, pág. 301.

ii. Otras propuestas desarrolladas en nuestra jurisdicción

El Borrador del Proyecto para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico⁷⁷ les reconoce a los progenitores, mientras sea favorable para el menor, las prerrogativas plenas que ambos ostentan, con independencia de la relación personal o afectiva existente entre ellos.⁷⁸ Con ello, definía la autoridad parental en términos del “conjunto de deberes y derechos que corresponden al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de los hijos desde que éstos nacen hasta que alcanzan la mayoría de edad o logran su emancipación”.⁷⁹ El ejercicio de la autoridad parental, según propuesto, habría de ejercerse responsablemente por ambos progenitores o por cualquiera de ellos, siempre en beneficio del hijo.⁸⁰ Igualmente, contemplaba que ambos progenitores ejercerían la autoridad parental con “paridad de derechos y responsabilidades, pero puede ejercerla uno de ellos solamente si media el consentimiento expreso o tácito del otro o un decreto judicial”.⁸¹ Es preciso señalar que la autoridad parental, según el Borrador, se adquiere por el mero hecho de ser padre o madre.⁸² Por consiguiente, la autoridad parental es la patria potestad.

Al recopilar la doctrina establecida en nuestro ordenamiento jurídico, el Borrador propuso que el hijo, siempre que tuviese el discernimiento y la madurez necesaria, pudiese participar de las decisiones que lo afectan. En dicho supuesto, el tribunal habrá de tomar en cuenta su preferencia y opinión en los asuntos que inciden en su custodia inmediata, relaciones que ha de mantener con sus progenitores, parientes u otras personas importantes en su desarrollo.⁸³ Enfatizaba sin embargo, que el alcance de la madurez del menor es un aspecto medular que se consideraría y evaluaría caso a caso.⁸⁴

En caso de desacuerdos entre los progenitores en cuanto al ejercicio de la autoridad parental, el Borrador establecía que el tribunal, luego de celebrar una

⁷⁷ En 1997 la Asamblea Legislativa de Puerto Rico creó la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico (Ley núm. 85-1997, 2 L.P.R.A. 141-141k). Somos del criterio que el esfuerzo, la dedicación y el detalle empleado por el nutrido grupo de estudiosos del Derecho que formó parte de la Comisión, la complejidad y extensión de su trabajo son razones suficientes para que este Borrador sea valorado, estudiado y discutido. Para más información sobre este proceso véase M. Figueroa Torres, *Crónica de una ruta iniciada: El proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico*, 35 Rev. Jurídica Inter. P.R. 491 (2001); M. Figueroa Torres, *Crónica de una ruta adelantada: Los borradores del Código Civil de Puerto Rico*, 40 Rev. Jurídica Inter. P.R. 419 (2006); M. Figueroa Torres, *Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic Pursuit of the Civil Code for the New Millenium*, 23 Tulane European and Civil Law Forum 325 (2008).

⁷⁸ Borrador para Discusión Memorial explicativo del Libro Segundo, *Las instituciones familiares*. Artículo 335 AP 1.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* Art. 342.

⁸¹ *Id.* Art. 343.

⁸² Memorial Explicativo, *supra*, n. 78, pág. 498.

⁸³ *Id.* Art. 338.

⁸⁴ *Id.*

vista, determinaría cuál de los progenitores ejercería la autoridad parental respecto al asunto en controversia. Del mismo modo, el tribunal debería paralizar su determinación a un plazo razonable, y de este modo permitirle a los progenitores someterse a un proceso, alternativo al judicial, en el cual puedan resolver sus disputas familiares o de cualquier otro índole.⁸⁵

El Borrador, también contempla la sustitución de “custodia” por “tenencia”.⁸⁶ Según el mismo, la tenencia física exclusiva,⁸⁷ procede del Artículo 107 del Código Civil⁸⁸ y la jurisprudencia,⁸⁹ y a estos fines dispone que “...ambos progenitores pueden compartir la titularidad, el ejercicio y la custodia”.⁹⁰ Sin embargo, el Artículo 356 identifica las circunstancias en las cuales la tenencia física del menor se le otorgaría exclusivamente a un solo progenitor.⁹¹ El Borrador también contempla la tenencia física compartida.⁹² Con la tenencia física conjunta, se les reconoce a ambos progenitores la presencia activa en la vida del menor. A estos fines el Borrador mantiene la doctrina del mejor bienestar del menor y establece que si ambos progenitores demuestran estar preparados y comprometidos con asumir la responsabilidad de estar presentes en la vida de sus hijos, y así lo estipulan, el Tribunal acogerá su estipulación, siempre que resulte en beneficio del menor.⁹³ El Proyecto disponía para que los progenitores estipularan la tenencia física compartida de sus hijos siempre que tuviesen “el firme propósito de asumir tal responsabilidad y los recursos personales para hacerla viable”.⁹⁴ Del mismo modo, recogía la normativa jurisprudencial relativa al tema de la custodia compartida y establecía que los tribunales debían constatar que el acuerdo de los progenitores no fuera producto de la irreflexión o de la coacción, y que el mismo redundara en el mejor interés del hijo. Ahora bien, el Borrador no contempla presunción alguna a favor o en contra de la tenencia física o exclusiva.⁹⁵

III. La mediación

De lo anteriormente expuesto y analizado, se puede colegir que en Puerto Rico los conflictos sobre custodia tienen un solo cauce para su resolución, los tribunales. Es por ello que a continuación expondremos las bases de la mediación, la mediación

⁸⁵ *Id.* Art. 355.

⁸⁶ Memorial Explicativo, *supra* n. 78, pág. 499.

⁸⁷ *Id.* Art. 356.

⁸⁸ 31 L.P.R.A. § 383.

⁸⁹ *Ex Parte Torres*, 118 D.P.R. pág. 469

⁹⁰ Borrador, *supra*, n. 78, Art. 356 (Comentario).

⁹¹ *Id.* Art. 356.

⁹² *Id.* Art. 357.

⁹³ *Id.* (Comentario).

⁹⁴ *Id.* Art. 357.

⁹⁵ Borrador, *supra* n.78 Art. 357.

en Puerto Rico y el desarrollo de la mediación familiar en Estados Unidos y en España.

A. Concepto

i. En general

La mediación es un proceso de resolución de disputas en el cual las partes, con la asistencia de una figura neutral, aíslan sus controversias para considerar alternativas que les permitan llegar a un acuerdo.⁹⁶ La mediación se define como “un proceso de intervención en un conflicto por una parte imparcial y aceptada por los participantes que no tiene autoridad sobre las decisiones sustantivas”.⁹⁷ A su vez la mediación no se limita a un solo proceso, sino que existen varias dimensiones de éste.⁹⁸ Entre los modelos de mediación se encuentran: el *Modelo Tradicional lineal*; el *Modelo Transformativo*; el *Modelo circular narrativo*; el *Modelo de Folberg y Taylor*; y el *Modelo Haynes*.⁹⁹

El *Modelo Tradicional lineal* se define como “una negociación por intereses, auxiliada por un tercero, el mediador, entendiendo el conflicto como un obstáculo que dificulta la satisfacción de intereses”.¹⁰⁰ Este modelo se caracteriza por la interacción entre las partes basada en una comunicación lineal en la que se abre el conflicto, se aísla el pasado y se enfatiza el futuro.¹⁰¹ Este modelo tiene como base siete elementos, a saber: (1) *alternativas*: se buscan alternativas y se identifica la mejor alternativa posible para negociar el acuerdo; (2) *intereses*: se identifica cuál es el propósito del proceso y de esta forma se lleva a cabo de acuerdo a ese interés o propósito; (3) *opciones*: se busca lograr acuerdos en los que ambas partes estén satisfechas, de modo tal que haya un verdadero compromiso; (4) *criterios*: se fijan los parámetros de las propuestas para que de esta manera se logren los acuerdos con un máximo posible de objetividad; (5) *compromiso*: las opciones consideradas y aceptadas por las partes son incorporadas al acuerdo; (6) *comunicación*: se favorece y se fomenta la comunicación entre las partes; (7) *relación*: el mediador se enfocará en fomentar una buena relación entre las partes además de procurar, exitosamente, el acuerdo entre éstas.¹⁰²

El *Modelo Transformativo* se enfoca en “desarrollar el potencial cambio individual de cada una de las partes o personas sujetas a la mediación, al hacer

⁹⁶ Connie J.A. Beck, Bruce D. Sales, *Family Mediation: Facts, Myths, and Future Prospects* pág. 3 (American Psychological Association 2001).

⁹⁷ Mildred E. Negrón Martínez, Lilyana Vélez Fernández, Manuel Gatell González, L. Santiago Torres, *Un modelo puertorriqueño de mediación de conflictos*, 12 (LexisNexis 2001).

⁹⁸ *Id.* pág. 9.

⁹⁹ Miguel Soria, Carlos Villagrasa, Inma Armadans, *Mediación Familiar: Conflicto, técnicas, métodos y recursos*, 126-134 (Bosch 2008).

¹⁰⁰ *Id.* 126-127.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.* págs. 127-128.

posible que éstas puedan descubrir por sí mismas sus habilidades durante el proceso".¹⁰³ La base de este modelo se desarrolla en la noción de que el proceso sea uno de aprendizaje, de modo que las partes interioricen y puedan extrapolar las herramientas aprendidas a otros ámbitos o aspectos de su vida.¹⁰⁴ Es por ello que se le conoce como *Transformativo*.

El *Modelo circular narrativo* contempla el acuerdo en sí como la modificación de las relaciones establecidas entre las partes.¹⁰⁵ Dicho modelo parte de la premisa que las partes llegan a la mediación desde un ambiente adversativo caracterizado de tensiones y hostilidades. Al partir de esa premisa, el modelo modifica la narración de la historia para que se construya un nuevo discurso, esta vez conciliador.¹⁰⁶ El criterio central de este modelo es la comunicación efectiva entre las partes.¹⁰⁷ Por otro lado, el *Modelo de Folberg y Taylor* busca, en primera instancia, establecer un clima de confianza entre las partes de modo que se facilite la interacción entre éstas y el mediador.¹⁰⁸ Luego, se identifican cuáles son los asuntos sobre los cuales las partes están en desacuerdo y se clasifican dentro de una escala de importancia, para luego negociar sobre los elementos.¹⁰⁹

El *Modelo Haynes* parte de la identificación del problema y por tanto, supone que las partes activamente se comprometan a buscarle una solución a dicho problema.¹¹⁰ Luego de que se define el problema, con la ayuda del mediador las partes proponen alternativas u opciones para manejar el mismo. Las alternativas que solo satisfacen a una de las partes son descartadas, de modo tal que solamente se consideran aquellas alternativas que redunden en un beneficio mutuo.¹¹¹ Una vez identificadas, nuevamente con la ayuda del mediador, las partes agrupan las alternativas entre altamente posibles, posibles, improbables o imposibles.¹¹² De esta forma, las partes van negociando a base de las alternativas que ellos mismos han propuesto.¹¹³

La mediación se distingue por ser un proceso confidencial que se da en un ambiente de privacidad. Es informal, flexible y económico en tiempo y costo. Además, es un proceso que le devuelve a las partes su capacidad para negociar la solución de situaciones futuras, redefine las relaciones entre las partes, se centra en los intereses de éstas y aumenta el cumplimiento de los acuerdos.¹¹⁴ Entre los

¹⁰³ *Id.*, pág. 128.

¹⁰⁴ *Id.*, pág. 129.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*, pág. 130.

¹⁰⁸ *Id.*, pág. 132.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*, pág. 133.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*, pág. 134.

¹¹⁴ *Id.*, pág. 15.

beneficios de las alternativas de la mediación se encuentran: (1) descongestiona los tribunales; (2) economiza tiempo; (3) aumenta la participación de actores y con ello su responsabilidad; y (4) permite que ambas partes satisfagan sus intereses en lugar de catalogar a un “ganador” y un “perdedor”. Esto a su vez facilita el desarrollo de las relaciones posteriores ya que disuade la adversidad que caracteriza a este tipo de controversia.¹¹⁵

ii. En Puerto Rico

En Puerto Rico, desde la década de los 70’, la Rama Judicial había implementado mecanismos que sirvieran de ayuda al volumen y el manejo de casos.¹¹⁶ No fue hasta el 1983 que la Asamblea Legislativa de Puerto Rico aprobó una ley que autorizó el establecimiento de foros para la solución de conflictos y le concedió al Tribunal Supremo la facultad de reglamentar este asunto.¹¹⁷ En Puerto Rico la mediación se ha definido como “un proceso de resolución de conflictos en el cual una tercera persona imparcial asiste a los participantes a negociar y a llegar a acuerdos informados”.¹¹⁸ En este proceso el mediador provee las herramientas para que las partes sean quienes desarrollan y propongan las alternativas para resolver su situación.¹¹⁹ Las estrategias comúnmente utilizadas por los mediadores incluyen: (1) transformar las acusaciones en peticiones; (2) controlar las emociones de las partes; (3) fraccionar los problemas; (4) buscar consenso entre los intereses comunes; (5) usar recursos externos cuando sea necesario; (6) escuchar a las partes; (7) invertir los roles de las partes; (8) ofrecer sugerencias; (9) llevar a las partes a que analicen las posiciones, no a la otra parte o a otras personas.¹²⁰

Según el *Reglamento de métodos alternos para la solución de conflictos*,¹²¹ (en adelante *Reglamento*) los métodos alternos incluyen “todo tipo de método, práctica y técnica, formal e informal – que no sea la adjudicación judicial tradicional – utilizado dentro y fuera del sistema judicial y encaminado a resolver las controversias de los ciudadanos y ciudadanas”.¹²² El *Reglamento* define la mediación como el “proceso de intervención, no adjudicativo, en el cual un interventor o una interventora neutral

¹¹⁵ Leticia García Villaluenga, *Mediación en los conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de Familia*, 174 (Ed. Reus, S.A., 2006).

¹¹⁶ M. Negrón, *supra*, n. 96 pág. 16.

¹¹⁷ Ley Núm. 19 de 22 de septiembre de 1983, 4 L.P.R.A. § 532; Véase también M. Negrón Martínez, *supra* n. 96 págs. 16-17.

¹¹⁸ Edda V. Colón Díaz, *Proceso de Mediación en casos de Familia: Experiencia del Centro de Mediación de Conflictos del Centro Judicial de Ponce, Puerto Rico*, 62 Rev. C.A.P.R. 94 (2001).

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.*, págs. 99-100.

¹²¹ *Reglamento de métodos alternos para la solución de conflictos*, según enmendado por el Tribunal Supremo, 4 L.P.R.A. Ap. XXIX.

¹²² *Id.* R. 1.03(a).

(mediador o mediadora) ayuda a las personas en conflicto a lograr un acuerdo que les resulte mutuamente aceptable”.¹²³ En la mediación, las partes tienen la potestad de decidir si se someten o no al proceso.¹²⁴ El *Reglamento* también define la mediación como:

[U]na alternativa no adversativa para el manejo de conflictos. Es un proceso más rápido e informal que el procedimiento judicial que permite a las partes, con la intervención de un facilitador o facilitadora imparcial denominado o denominada “mediador” o “mediadora”, explorar todas las opciones posibles para lograr un acuerdo que les sea mutuamente aceptable y que finalice el conflicto.¹²⁵

Según el *Reglamento*, el propósito de la mediación es promover la participación de las partes en la solución de sus disputas y que éstas asuman responsabilidad en la toma de decisiones.¹²⁶

El *Reglamento*, dispone que el tribunal podrá referir un caso a método alternativo por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de las partes.¹²⁷ No obstante, queda a discreción del mediador determinar si el caso es adecuado para atenderse en un proceso de mediación. Mientras que los tribunales tienen la discreción para determinar el momento apropiado para referir el caso al método alternativo. La orden del tribunal se puede hacer en cualquier etapa de los procedimientos. Ahora bien, si el tribunal entiende que el método alternativo resultaría infructuoso, podrá denegar la petición, si ésta fuese hecha por una de las partes.¹²⁸ El *Reglamento* dispone que al referir un caso para la solución de conflictos el tribunal deberá considerar: (1) la naturaleza del caso; (2) la naturaleza de la relación entre las partes; (3) la disposición de las partes para negociar; (4) la probabilidad de que la litigación afecte adversamente la relación; (5) los riesgos a la integridad física de los participantes o del interventor neutral; (6) la necesidad de proveer remedios de emergencia antes del referido; y (7) los costos y riesgos de la litigación.¹²⁹ En el mismo sentido, cuando el Tribunal emite la orden refiriendo las partes a la mediación, éstas quedan obligadas a comparecer a una sesión inicial de orientación bajo apercibimiento de desacato.¹³⁰

Entre las facultades que ostenta un mediador, éste podrá reunirse con las partes por separado o en conjunto, hacer recomendaciones verbales sobre posibles arreglos, obtener consejos de expertos en cuanto a asuntos técnicos de la controversia, requerirle

¹²³ *Reglamento, supra.*, n. 121.

¹²⁴ *Id.* R. 1.03(c).

¹²⁵ *Id.* R. 7.01 (a).

¹²⁶ *Id.* R. 7.01 (b).

¹²⁷ *Id.* R. 3.02.

¹²⁸ *Id.* R. 3.03.

¹²⁹ *Id.* R. 3.01(a).

¹³⁰ *Id.* R. 3.05(a).

a los participantes el cumplimiento de las reglas de mediación establecidas para el proceso, implementar las reglas procesales que entienda necesarias para facilitar el proceso y dar por terminada la sesión en cualquier momento.¹³¹ No obstante, el mediador no tiene la facultad para obligar a las partes a llegar a un acuerdo.

El *Reglamento* dispone que la mediación culmina cuando el mediador, una de las partes o ambas así lo entienda. Las razones para dar por terminado el proceso de mediación son varias, entre ellas, cuando: (1) se llegó a un acuerdo, (2) no se ha llegado a un acuerdo, (3) una de las partes no compareció a la vista, (4) una o ambas partes se retiraron del proceso, (5) se venció el término concedido por el tribunal para la mediación y no se ha solicitado prórroga, (6) a juicio del mediador el proceso no resulta beneficioso.¹³² Ahora bien, si el proceso de mediación se da por terminado por cualquiera de las razones antes expuestas, ello no impide que se recurra nuevamente al proceso si las circunstancias son favorables para ello.¹³³

Los abogados y las abogadas de las partes no quedan excluidos de este proceso. Conforme el *Reglamento*, las partes pueden asistir con sus representantes legales a la vista inicial y de orientación que se lleve a cabo con cada una de las partes por separado. Sin embargo, en las sesiones conjuntas, los representantes legales podrán participar siempre que haya consentimiento de ambas partes y del mediador. Si existe ese consentimiento, el mediador deberá requerir que ambas partes asistan representados por un abogado. La participación de los representantes legales se limitará a asesorar e informar a sus representados, y a su vez aclarar dudas y hacer sugerencias sobre las alternativas viables para la solución del conflicto.¹³⁴

B. La mediación familiar

La mediación familiar es un proceso de resolución de conflictos que le permite a las partes, en este caso parejas o ex parejas, llegar a soluciones satisfactorias sobre sus hijos u otros aspectos, sin necesidad de acudir al sistema judicial. La mediación familiar de ninguna manera es una terapia, sino que es un proceso.¹³⁵

i. En Estados Unidos

La mediación en controversias de custodia no es un asunto novel en la jurisdicción norteamericana. Desde mediados de los 70', los tribunales de familia de diversas jurisdicciones de los Estados Unidos comenzaron a proveerles servicios de mediación a los progenitores que necesitaban resolver conflictos de custodia de sus hijos. Estos centros de mediación fueron creados precisamente para

¹³¹ *Id.* R. 7.08 (a).

¹³² *Id.* R. 710 (a), (b).

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.* R. 7.12.

¹³⁵ M. Sori, *supra* n. 98 pág. 141.

reducir los efectos adversos del divorcio en los menores y como mecanismo para descongestionar los calendarios judiciales. En enero de 1981 el estado de California implementó el proceso de mediación en todos los casos contenciosos de custodia y relaciones filiales.¹³⁶ Así, se ha desarrollado este método en la jurisdicción norteamericana y en el 2005 el estado de Nueva York estableció el “*New York City Family Court Mediation Program*” (en los sucesivo “Programa”) en colaboración con la Oficina del Programa para la administración de métodos alternos de solución de controversias (*Court Administration Office of Alternative Dispute Resolution Program*).¹³⁷ Según la estructura de este Programa, los jueces son quienes refieren los casos. Luego del referido, el personal del Programa entrevista a las partes para determinar si existen o no circunstancias que harían inapropiada la mediación. Si el personal del Programa determina que la mediación es un mecanismo factible, se procede entonces a realizar una reunión con las partes y el mediador. Luego de la reunión comienzan las sesiones de mediación, en las cuales se identifican las controversias entre las partes y se definen los intereses de cada uno, para entonces formular opciones y acuerdos viables.¹³⁸ Cabe señalar que este proceso de mediación es completamente voluntario, por lo cual las partes pueden desistir del mismo en cualquier momento.

En este estado, sin embargo, la custodia compartida (así sea física, legal o ambas) no se presume, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico (al amparo de la *Ley 223*) y los estados de California, Connecticut, Florida, Idaho, Iowa, Kansas, Louisiana, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, Nuevo Méjico, Oklahoma, Tennessee y Texas.¹³⁹ No obstante, el *New York Domestic Relations Law* en su sección 240 establece que no existe presunción *prima facie* sobre el derecho a la custodia ya que la determinación de custodia se deberá hacer a base del mejor bienestar del menor.¹⁴⁰

En Estados Unidos la custodia compartida se considera como un imperativo legal que disuade a los progenitores del litigio por la custodia monoparental. De esta forma, se promueven los acuerdos de custodia compartida ya que le impone al progenitor que desee la custodia monoparental el peso de la prueba de demostrar porqué la custodia compartida no está en los mejores intereses del menor.¹⁴¹ Sin embargo, la tendencia en las jurisdicciones norteamericanas se inclina a promover la mediación en los casos de custodia o controversias posteriores a la ruptura

¹³⁶ Florence Bienenfeld, *Child Custody Mediation: Techniques for counselors, attorneys and parents*, 2-3 (Science and Behavior Books, Inc. 1983).

¹³⁷ J. Rosenthal, *An Argument for Joint Custody as an option for all family court mediation program participants*, 11 N.Y. City L. Rev. 127, 141-142 (2007).

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ J.E. Paradise, *The Disparity Between Men and Women in Custody Disputes: Is Joint Custody the answer to Everyone's Problems?*, 72 St. John's L. Rev. 517, 524 (1998).

¹⁴⁰ N.Y. Dom. Rel. Law §240.

¹⁴¹ E. Scott, A. Derdeyn, *Rethinking Joint Custody*, 45 Ohio St. L. Journal 455; 479 (1984).

conyugal. Por ejemplo, en California la mediación es compulsoria; mientras que en otros estados, los jueces tienen discreción para referir los casos y en otros la mediación es voluntaria.¹⁴² Hay quienes sostienen que la mediación como método favorecido y la custodia compartida como norma sustantiva representan una divergencia significativa de la doctrina legal previa.¹⁴³ Igualmente, sostienen que las diversas legislaturas han encontrado atractivo el aliviar el poder decisivo de los jueces mediante el método de mediación. De esta forma, el personal de los tribunales y los trabajadores sociales se involucran en un método alterno que representa una visión más coherente y distinta de enfrentar los conflictos de manera constructiva y que atienda las diversas dimensiones de la controversia.

ii. En España

Desde la perspectiva jurídica, la mediación familiar en España se define como un proceso no jurisdiccional de gestión y resolución no adversativa de conflictos.¹⁴⁴ Es decir, se refiere a un proceso de interacción mediante el cual una familia, en unión a un tercero ajeno a la situación, busca llegar a un acuerdo que resulte en el mejor interés y mayor beneficio para todos.¹⁴⁵ La mediación familiar en España parte de la premisa de que en un proceso judicial contencioso la resolución no implica la culminación del conflicto. Sino que supone una familiarización de las partes a unas armas legales para luchas próximas, en lugar de promover herramientas que faciliten el arreglo para futuras controversias. De esta forma, los progenitores pueden pasar por el mismo proceso ante las diferentes resoluciones judiciales y de esta forma la norma judicial se convierte en la norma familiar. En lugar de utilizar la mediación como sustituto al proceso judicial, en España se propone la creación de un sistema compatible que funcione paralelo al proceso judicial, pero al que las partes puedan acceder previo a iniciar los trámites legales. Esto responde a la creencia que los acuerdos concretados de forma cooperadora suponen mayor crecimiento familiar.¹⁴⁶ Entiéndase, que si el Derecho de Familia supone la protección de los intereses de los integrantes del núcleo familiar, particularmente de los menores, entonces es aconsejable que se habiliten mecanismos de autocomposición que provean para que la propia familia sea la que logre los fines.¹⁴⁷ “La mediación familiar supone el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad y el respeto a la libertad de los

¹⁴² F. Bienenfeld, *supra* n. 136 pág. 12.

¹⁴³ M. Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in child custody decisionmaking* 101 Harv. L. Rev. 727, 728 (1988).

¹⁴⁴ I. Bolaños Cartujo, *Hijos alienados y padres alienados: mediación familiar en rupturas conflictivas* pág. 93 (Ed. Reus, S.A., 2008).

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* págs. 95-96.

¹⁴⁷ L. García Villaluenga, *supra* n. 114 pág. 79.

componentes del grupo familiar que se autonorman en función de sus propios intereses.”¹⁴⁸

IV. La ley protectora de los derechos de los menores en el proceso de adjudicación de custodia

Según la Exposición de Motivos de la *Ley 223*, el legislador entendió necesario promover entre los progenitores una mayor participación y presencia en la vida de sus hijos. De esta manera se asegura una mejor calidad de vida.¹⁴⁹ Por esta razón, el legislador entendió necesario promover medidas que contribuyan a que los menores se desarrollen con el beneficio de la presencia de ambos progenitores. Para ello, el estatuto establece una presunción a favor de la custodia compartida, aun cuando uno de los progenitores desee la custodia monoparental.¹⁵⁰ Dicha presunción a su vez implica que los tribunales deberán evaluar y considerar la custodia compartida como la alternativa preferida, salvo que exista prueba y se demuestre que alguno de los progenitores no se encuentra capacitado para ostentar la custodia del menor o los menores.¹⁵¹ Por tanto, se trata de una presunción rebatible. La ley dispone que en la vista judicial de divorcio, los jueces deberán asegurarse que los abogados de las partes hayan orientado a sus representados sobre los diferentes derechos y responsabilidades implicadas en la custodia.¹⁵²

De otra parte, el Artículo 6 de la referida ley establece tres supuestos para la determinación de custodia.¹⁵³ El primero supone el acuerdo entre ambos progenitores. En este supuesto, las partes someterán al tribunal la estipulación sobre la custodia compartida por escrito.¹⁵⁴ El segundo supuesto dispone que el Juez podrá referir a las partes al programa de mediación del Tribunal o a un mediador certificado cuando los progenitores hayan acordado la custodia compartida pero no haya acuerdo entre ellos con relación a los términos.¹⁵⁵ Si la mediación resultare en un acuerdo entre las partes y dicho acuerdo cumple con los parámetros del mejor bienestar del menor, el tribunal deberá aprobarlo y continuar los procedimientos judiciales posteriores necesarios basados en el acuerdo.¹⁵⁶ Si el juzgador determina que el acuerdo no se ajusta al mejor bienestar del menor podrá modificarlo, según

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ Exposición de Motivos, Ley Núm. 223-2011, 3 L.P.R.A. § 3181-3188.

¹⁵⁰ La ley establece que “. . .constituye política pública del Gobierno de Puerto Rico 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 menor. . .” 32 L.P.R.A. §3181-3188

¹⁵¹ 32 L.P.R.A. § 3182.

¹⁵² 32 L.P.R.A. § 3183.

¹⁵³ 32 L.P.R.A § 3184.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ 32 L.P.R.A § 3184.

entienda procedente. El tercer supuesto establece que si una de las partes desea la custodia monoparental del menor, el juez continuará los procedimientos judiciales de rigor.¹⁵⁷

El Art. 7 de la *Ley 223* establece los criterios que deberá considerar el juzgador al momento de hacer la determinación de custodia.¹⁵⁸ Este artículo parte de la premisa que hay desacuerdo entre los progenitores, por lo cual el tribunal deberá referir el caso a un trabajador social para que haga la correspondiente evaluación y rinda un informe con sus recomendaciones. El primer párrafo del citado artículo dispone que “[a]l considerarse una solicitud de custodia en la que surjan controversias entre los progenitores en cuanto a la misma, el tribunal referirá el caso al trabajador social... quien realizará una evaluación y rendirá un informe con recomendaciones”. Los criterios son: (1) la salud mental de los progenitores así como la de los menores; (2) la responsabilidad o integridad moral exhibida por cada uno de los progenitores y el historial de violencia doméstica (si alguno); (3) la capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades afectivas, económicas y morales del menor, presentes y futuras; (4) el historial de cada progenitor en la relación con sus hijos, tanto antes del divorcio, separación o disolución de la relación consensual, como después del mismo; (5) las necesidades de cada menor; (6) la 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) la capacidad de los progenitores, su disponibilidad y el firme propósito de asumir la responsabilidad de criar a sus hijos conjuntamente; (9) los motivos y objetivos por los cuales los progenitores han solicitado la custodia compartida; (10) los posibles impedimentos que hagan que el acuerdo no se cumpla efectivamente; (11) la ubicación y distancia entre los hogares de los progenitores y el lugar de instrucción del menor; (12) la comunicación existente entre los progenitores y la capacidad de ambos para comunicarse efectivamente directa o mediante mecanismos alternos; (13) cualquier otro criterio válido o pertinente que pueda ser utilizado para garantizar el mejor bienestar del menor.¹⁵⁹

Los trabajadores sociales deberán utilizar los criterios anteriormente señalados para evaluar el caso ante su consideración y hacer sus determinaciones. El artículo 8 de la ley dispone que al aplicar estos criterios, el trabajador social deberá tomar en cuenta el bienestar del menor.¹⁶⁰ Sin embargo, el mencionado artículo dispone que la recomendación que haga el trabajador social será *un* factor a ser considerado por el juzgador, mas no será el único.¹⁶¹ La ley establece que los tribunales gozan de discreción al momento de determinar o adjudicar la custodia, siempre que esa discreción tenga como norte el mejor bienestar del menor.¹⁶²

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ 32 L.P.R.A. § 3185.

¹⁵⁹ 32 L.P.R.A. § 3185.

¹⁶⁰ 32 L.P.R.A. § 3186.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

La *Ley 223* dispone además que los tribunales no considerarán la custodia compartida cuando ésta no sea favorable para los menores o no responda a los mejores intereses de éstos.¹⁶³ El artículo 9 de la ley dispone que la custodia compartida no será considerada cuando: (1) uno de los progenitores manifieste falta de interés en el plan de custodia compartida. En este caso, la ley dispone que dicha renuncia es a favor del otro progenitor; (2) uno de los progenitores sufra de alguna incapacidad o deficiencia mental determinada por un profesional de la salud y que dicha incapacidad o deficiencia sea de naturaleza irreversible o que sea de tal magnitud que le impida atender adecuadamente su responsabilidad como padre o perjudique la salud y seguridad de los menores; (3) las acciones de uno de los progenitores le sea perjudicial a los menores o constituya un patrón de ejemplo corruptor; (4) uno de los progenitores, su cónyuge o compañero sentimental o consensual haya sido convicto de maltrato a menores; (5) uno de los progenitores se encuentre encarcelado; (6) uno de los progenitores sea convicto por actos de violencia doméstica; (7) uno de los progenitores haya incurrido en conducta antijurídica de abuso sexual contra algún menor; (8) uno de los progenitores, su cónyuge o compañero sentimental o consensual sea adicto a sustancias controladas o bebidas embriagantes.¹⁶⁴

Igualmente, la ley dispone que si el tribunal otorga la custodia compartida y uno de los progenitores realiza actos afirmativos para entorpecer la relación del otro progenitor con el menor, o rehúsa acatar la determinación del foro, el tribunal podrá alterar su determinación y otorgarle la custodia al otro progenitor.¹⁶⁵ Debemos recordar que las determinaciones de custodia no constituyen cosa juzgada. Sin embargo, al momento de evaluar la determinación previa, el tribunal deberá considerar los criterios anteriormente expuestos.¹⁶⁶

La *Ley 223*, en su Exposición de Motivos, pone en duda si el sistema judicial verdaderamente está basado en el criterio rector del “mejor bienestar de los menores” o si por el contrario, promueve la controversia entre las partes. Esto debido al sistema adversativo que caracteriza la adjudicación de controversias en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁶⁷ La Exposición de Motivos de la ley parte de la siguiente premisa:

[E]l derecho de familia vigente se desarrolla en un escenario adversativo que promueve la controversia entre las partes, alarga los procedimientos y victimiza a los/las niños(as) en el proceso, al interrumpir en muchas ocasiones la libre y espontánea interacción con ambos progenitores sin advertir ni prevenir el daño que se les causa.¹⁶⁸

¹⁶³ 32 L.P.R.A. § 3187.

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ 32 L.P.R.A. § 3187.

¹⁶⁶ 32 L.P.R.A. § 3188.

¹⁶⁷ Exposición de Motivos, Ley Núm. 223-2011.

¹⁶⁸ *Id.*

Diferimos del legislador, ya que éste ignora los aspectos emocionales que suponen las rupturas familiares. Bolaños Cartujo explica que debe existir una conceptualización que incluya la interacción entre el proceso legal y el proceso emocional o psico-social al momento de intentar entender y abordar los conflictos de pareja.¹⁶⁹ Explica el autor que cuando los padres no llegan a un acuerdo sobre la forma en la que sostendrán las relaciones con sus hijos, acuden al juez para que éste tome la decisión que ellos son incapaces de tomar.¹⁷⁰ Sin embargo, en estas situaciones los hijos juegan un papel importante, ya que tienden a sentirse responsables y sus opiniones casi siempre están matizadas por el conflicto mismo.¹⁷¹ Martha Fineman, por su parte, utiliza una metáfora para describir la posición del menor durante el proceso judicial, comparando al menor con la propiedad.¹⁷² El término custodia, según la profesora, implica algún grado de posesión y control.¹⁷³ Por lo tanto, al entender al niño como propiedad, explica Fineman, se entienden las ramificaciones de la competencia entre los progenitores en los procesos de determinación de custodia.¹⁷⁴

El Derecho de Familia, propiamente, no es el promotor de la controversia entre las partes, mucho menos lo es el sistema judicial. Aplicado a este concepto, adoptamos la postura de Bolaños en cuanto a que los progenitores acuden al juez para que éste sea quien tome una determinación, una determinación que ellos son incapaces de tomar.¹⁷⁵ Entendemos que la legislación falla al partir de la premisa errónea de que el Derecho de Familia promueve la controversia. El Derecho de Familia no se limita a los tribunales o a la Rama Judicial. El legislador entiende que el proceso adversativo alarga los procedimientos, victimiza a los niños e interrumpe la “libre y espontánea interacción entre los progenitores.”¹⁷⁶ Sin embargo, la *Ley 223* carece de un proceso que abarque otros métodos en los que se desarrolle el Derecho de Familia y que no necesariamente implique la postura tradicionalmente adversativa. El legislador no contempló la mediación familiar como una alternativa al proceso adversativo.

V. Comentarios finales

La Exposición de Motivos de la *Ley 223* parte de la premisa que el Derecho de Familia puertorriqueño se desarrolla en el escenario adversativo. Si bien es cierto que nuestro sistema judicial se basa en un sistema adversativo, no es menos

¹⁶⁹ I. Bolaños Cartujo, *supra* n. 143 págs. 22-23.

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² M. Fineman, *supra* n. 142 pág. 737.

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ I. Bolaños Cartujo, *supra* n. 143 págs. 22-23.

¹⁷⁶ Exposición de Motivos, Ley Núm. 223-2011.

cierto que en las relaciones de familia no podemos desvincular el proceso legal del aspecto psicológico y emocional que se desarrolla con la controversia legal. Es en este último aspecto donde se generan las mayores tensiones. De acuerdo al sistema adversativo, cada progenitor deberá demostrar que está capacitado o más capacitado que el otro para atender al menor. En la mayoría de los casos esto implica demostrar lo “malo” o “incapaz” que es el otro progenitor. Mientras esto sucede, los menores, indudablemente, sufren las consecuencias colaterales de la hostilidad que produce el estándar del peso de la prueba. La pregunta que forzosamente nos hacemos es si ¿este esquema verdaderamente fomenta relaciones saludables entre los progenitores, tal y como es el deseo del legislador en la Exposición de Motivos?

La Exposición de Motivos de la *Ley 223* establece que “[e]l Estado viene obligado a tomar las medidas necesarias para fomentar relaciones saludables entre cónyuges y, sobre todo, entre éstos y sus hijos”.¹⁷⁷ Sin embargo, parte de la premisa que el sistema judicial es el promotor las relaciones contenciosas entre los progenitores. Para “mitigar” el aspecto adversativo del proceso, la *Ley 223* establece que en caso de que ambos progenitores estén de acuerdo con la implementación de una custodia compartida pero estén en desacuerdo en los términos, forma o manera en que deberá implementarse, el tribunal los referirá a un programa de mediación del tribunal o a un mediador certificado para que ayude a los progenitores a preparar el convenio.¹⁷⁸ Sin embargo, nada dispone la ley en cuanto a la mediación *previo* al proceso judicial cuando los progenitores están en desacuerdo con la custodia compartida o uno de los progenitores desea la custodia monoparental.

Basándonos en la obligación de fomentar relaciones saludables, consignada en la propia la Exposición de Motivos, es que proponemos la mediación compulsoria en los casos de determinación de custodia. Partimos de la premisa, por lo discutido en este artículo, que este mecanismo de resolución de conflictos aleja al menor de los vejámenes del proceso adversativo. Igualmente, partimos de la premisa que la intención del legislador es, precisamente, “tomar las medidas necesarias para fomentar relaciones saludables entre cónyuges y, sobre todo entre éstos y sus hijos”.¹⁷⁹ Por esta razón es que entendemos necesario que los tribunales refieran a las partes a un proceso de mediación familiar previo al proceso litigioso cuando los progenitores no estén de acuerdo en la custodia del menor, ya sea porque uno de ellos desea la custodia monoparental o entiende que el otro progenitor no está capacitado para atender las necesidades del menor. Somos del criterio que este programa de mediación familiar atiende tanto el aspecto legal como el emocional, ya que fomenta que las partes lleguen a un acuerdo antes de comenzar la carrera hostil por demostrarle al juzgador “quién es el mejor padre”. La mediadora Edda V. Colón Díaz señala que en sus quince (15) años como Trabajadora Social de

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ 32 L.P.R.A § 3184.

¹⁷⁹ Exposición de Motivos de la Ley Núm. 223-2011.

Relaciones de Familia y como Mediadora de Conflictos, su experiencia le permite afirmar que “el proceso de mediación en casos de familia es posible y funciona”.¹⁸⁰

A estos fines, proponemos que el proyecto de referido al proceso de mediación familiar incluya las siguientes salvaguardas: (1) que los mediadores instruyan a las partes sobre los distintos esquemas de custodia compartida, de modo que las partes enmarquen su decisión final en la determinación que entiendan se ajuste a su realidad o a sus necesidades; (2) que los mediadores comprendan que la custodia compartida se debe tratar como una relación inclusiva que no necesariamente implica igualdad de tiempo, sino, igualdad de condiciones; (3) que los mediadores entiendan la importancia de establecer con precisión los acuerdos alcanzados de modo que se eviten confusiones que propendan a futuras controversias; (4) que se desarrollen guías para que los tribunales evalúen y determinen si el caso es uno adecuado para mediación, en cuyo supuesto deberá referirse a la entidad designada para ello (por ejemplo, si hay alegaciones de violencia, el caso no deberá ser referido); (5) facultar a los tribunales para imponerle sanciones a la parte que se niegue a someterse al programa de mediación familiar; (6) establecer la confidencialidad del proceso de mediación.

Ahora bien, somos conscientes que ni la custodia compartida, ni la mediación familiar son la panacea o la solución universal para todos los casos. Pero, no podemos ignorar que tras una ruptura familiar siempre habrá algún tipo de sufrimiento, algún tipo de conflicto. Del mismo modo, somos conscientes de que las probabilidades de que no haya final son altas, ya que las relaciones de familia son continuas. Sin embargo, la mediación familiar, al ser un ejercicio de interacción y autonomía de voluntad, supone la transformación del proceso conflictivo. Transformación ya que los padres no dependerían de un juez para que éste, como dice Bolaños, tome las decisiones que ellos son incapaces de tomar.¹⁸¹ Los progenitores, mediante la mediación familiar podrán adquirir las herramientas necesarias para manejar sus destrezas de comunicación y reorganización, tomar decisiones en conjunto y resolver futuros conflictos.

¹⁸⁰ E. Colón Díaz, *supra* n. 117 pág. 104.

¹⁸¹ I. Bolaños Cartujo, *supra* n. 143 págs. 22-23.

