

LA GUARDA Y CUSTODIA EN LOS CASOS DE SEPARACION Y/O DIVORCIO

Antonio Coy Ferrer

Partiendo de la situación actual, en la que existen una serie de limitaciones importantes se plantea un modelo de actuación basado, no sólo en la propia experiencia, sino también en una revisión bibliográfica sobre el tema.

Se trata de un modelo de intervención interdisciplinar, que parte de una serie de supuestos, entre los que el fundamental, a juicio del autor, se basa en la necesidad de que los asuntos de familia se resuelvan por procedimientos no litigiosos.

INTRODUCCION

Cualquier persona relacionada o informada sobre la forma en que transcurren los procesos litigiosos de separación y/o divorcio sabe que el único punto conflictivo, desde el punto de vista de la psicología, es el de la asignación de la custodia de los hijos menores de edad y el establecimiento del régimen de visitas para el padre no custodio.

Y es conflictivo, sobre todo, porque los hijos, en estos casos, son los sujetos pasivos más afectados y más indefensos.

Para intentar hablar de la guarda y custodia en los casos a que nos referimos creemos que habría que partir de una serie de supuestos, que creemos válidos, para en función de ellos, intentar plantear soluciones también válidas.

Estos supuestos básicos los resumiríamos en los siguientes puntos:

1. La Administración de Justicia, como cualquier otra rama de la Administración, debe entenderse como un servicio del Estado al ciudadano. Sobre todo en un caso como el que nos ocupa en el que ese servicio va dirigido, fundamentalmente, a la protección del mejor interés de los menores. El solo hecho de haber menores implicados da todavía más fuerza al argumento de que al procedimiento no se le debe dar un tratamiento contencioso.

2. El procedimiento litigioso no sólo no es el mejor, sino que más bien parece el peor, entre las posibles alternativas, para dirimir las cuestiones surgidas del mal funcionamiento de la familia. «El Derecho de Familia es un campo único y muchas veces, con excesiva frecuencia, el sistema contencioso es inadecuado para la resolución de las disputas de familia. El litigio tienden a empeorar el conflicto y el trauma sin dar cauce a las necesidades de asesoramiento y negociación de la mayoría de las parejas

que experimentan un grave conflicto marital». (Guidelines for Establishing Court Connected Family Conciliation and Mediation Services. The Association of Family and Conciliation Courts, October 1984, pág. 7).

3. También parece claro que «la sociedad no puede y no debe contar exclusivamente con los Juzgados para la resolución de las disputas. Es posible que otros mecanismos sean mejores en relación con una amplia variedad de controversias. Pueden ser (esos otros mecanismos) menos caros, más rápidos, menos intimidatorios, más sensibles a las preocupaciones de los que intervienen en la disputa y con más posibilidades para responder a los problemas subyacentes. Puede ser que dispensen una mejor justicia, que acaben en una menor alienación, que produzcan sentimientos de que por fin una disputa ha sido realmente escuchada y que llenen la necesidad de los interesados de mantener el control, sin poner ese problema en manos de abogados y jueces, ni de inscribirlo en las complicaciones del sistema legal». (U.S. Department of Justice: «Paths to Justice: Major Public Policy Issues of Dispute Resolution», January 1984, pág. 1).

4. En el sentido general de estos planteamientos abunda Miret Magdalena cuando dice que: «Nada es más evidente en nuestra cultura actual: primero la familia de la sangre, pero, si ésta falla, debe hacerse cargo la Sociedad y el Estado (de la guarda y custodia). Lo que no sería aceptable es que no se ayude a su familia biológica, pudiendo hacerlo, para que ella misma pueda cumplir el deber de cuidar y educar al hijo». (Miret Magdalena, E.: «Hacia una Ley Española del menor», en: Jornadas de Estudio de la Legislación del Menor. Madrid: C.S.P.M., 1985, pág. 13).

SITUACION ACTUAL Y POSIBLES ALTERNATIVAS

En Noviembre de 1983 el Consejo General del Poder Judicial a través del Ministerio de Justicia contrató 19 equipos compuestos por psicólogo y asistente social, que adscribió a los 19 Juzgados de Familia existentes en España. Sin duda ese paso supuso una mejora cualitativa en relación con la situación previa.

La función de esos equipos es la de asesorar a los titulares de los citados Juzgados de Familia en los casos que se planteen ante esa instancia y para los que dicho titular considere oportuno el asesoramiento.

Por definición, la inmensa mayoría de los casos en los que el Juez pide asesoramiento son asuntos litigiosos, es decir, en los que las partes no están de acuerdo.

El problema más importante que surge en estos casos es el que se deriva de su propio carácter contencioso. Ello implica, entre otras cosas que habrá unos que ganan el pleito y otros que lo pierden, pero siempre, y en cualquier caso, hay unos claros perdedores: los hijos.

Y son perdedores natos porque la colaboración en lo relativo a los hijos comunes, entre esos padres que dejan, o han dejado ya hace tiempo, de constituir una pareja, va a ser prácticamente imposible.

Lógicamente esa no colaboración va a suponer un perjuicio importante para los hijos. De hecho existen numerosos estudios realizados en este sentido que demuestran claramente que los hijos de divorciados por procedimientos contenciosos tienen mu-

chos más problemas y tardan mucho más en resolverlos, si alguna vez acaban resolviéndolos, que los hijos de divorciados de mutuo acuerdo y en términos racionales. No se debería perder nunca de vista que el divorcio, desde el punto de vista psicológico, no es un hecho aislado, sino que es un proceso que tiene una serie de aspectos a resolver en el tiempo, ni que después de un divorcio, lo que formaban la pareja dejan de ser legalmente marido y mujer, o pareja como tal, pero siguen siendo el padre y la madre de sus hijos. (Wallerstein y Kelly, 1980; Ware, 1982; Chase, 1983; Saponek, 1983; Bienenfeld, 1983, 1985; Association of Family and Conciliation Courts, 1984).

En otros países en los que el divorcio está institucionalizado desde hace mucho más tiempo que en el nuestro, han empezado a surgir, ya hace años, voces autorizadas intentando encontrar soluciones válidas alternativas al procedimiento litigioso. Por citar un solo ejemplo, la American Bar Association por medio de su «Comité sobre Métodos Alternativos para la Resolución de Disputas» está promoviendo el que se legisle en el sentido de conseguir, y lo está consiguiendo, establecer esos métodos alternativos de forma Institucionalizada. (Ver: «Alternative Means of Family Dispute Resolution». Washington, D.C.: American Bar Association, 1982).

En el momento actual y en nuestro medio habría que destacar tres aspectos básicos como origen de las limitaciones con que esos equipos asesores de los Jueces de Familia se encuentran en la práctica diaria:

- a) Actitud a la defensiva
- b) Actitud negativista
- c) Manipulación de los menores

En este momento sólo vamos a poner de relieve la importancia que, desde nuestro punto de vista, tiene el tercero de esos aspectos, ya que, con diferencia, es el que tiene más importancia dentro del contexto de estas jornadas.

Los menores se ven enfrentados a toda una serie de situaciones para cuya resolución no están preparados. Se les pide, por parte de los padres, que elijan entre uno y otro, cuando lo que deberían hacer es animarles a querer al máximo a los dos. Se les dice que su padre o su madre o ambos, son unas malas personas, etc. En definitiva se les crea una sensación de inseguridad, tanto física como psicológica, se les plantea un conflicto de lealtades para su salud mental. Inseguridad que nace de ese mismo hecho de tener que elegir entre dos personas que han sido su primera y primordial fuente de seguridad, tanto física como psicológica.

En realidad se les está pidiendo que odien o no quieran al otro padre, cuando lo que los niños necesitan es que *ambos padres* les den las mayores seguridades posibles de que no sólo los siguen queriendo, sino que seguirán preocupando por ellos en todos sentidos. Más aún, los niños se deben sentir libres para querer no sólo a sus padres, sino a cualquier otra persona, como abuelos, amigos, etc.

La consecuencia más inmediata de todas esas limitaciones es que los primeros y más directamente perjudicados son también los más indefensos: los hijos.

Las alternativas a esta situación, partiendo de la propia experiencia y de los datos aportados por la bibliografía especializada, vienen dadas por al instauración de un

servicio público de mediación y asesoramiento para custodia conjunta que estuviera al alcance de todos los posibles interesados.

Voy a pasar ahora a aportar algunas definiciones, tanto de Mediación como de Custodia conjunta, aplicables en este contexto concreto y a tratar de poner en claro las ventajas e inconvenientes de uno y otro enfoque.

Como preámbulo a esas definiciones a que me refería, voy a transcribir unas líneas de Saposnek, ya que creo reflejan perfectamente la situación. Después de citar unos versículos del Libro de los Reyes (Reyes 3: 24-27), aquellos en que se describe la escena del Rey Salomón y las dos pretendidas madres de un solo hijo, escribe lo siguiente:

«Con excesiva frecuencia, los modernos árbitros de la custodia infantil no se encuentran con padres que tengan una conciencia de autosacrificio como la descrita en esos versículos y deben recurrir y confiar en los procedimientos de la justicia legal. De todas formas nuestros procedimientos de *justicia legal*, en la mayoría de los casos, no han casado bien con nuestra actual comprensión de la *justicia psicológica* en las disputas sobre la custodia. Con excesiva frecuencia recurrimos a la espada y sacrificamos al niño en nombre de la justicia legal que ampara a los padres, más que ayudar y animar los esfuerzos de conciliación entre los padres, en nombre de la justicia psicológica que ampara a los niños». (Saposnek, 1983, págs. 1 y 2).

Jay Folberg, una de las autoridades en este campo, define así la Mediación: «En el contexto del divorcio se define la mediación como un proceso *no terapéutico*, por medio del cual las partes, con la asistencia de una persona (o personas) neutral(es), intentan aislar de forma sistemática los puntos de acuerdo y desacuerdo, exploran alternativas y consideran compromisos, con el propósito de alcanzar un acuerdo consensuado sobre los distintos aspectos de su divorcio o separación. La mediación es un proceso de resolución y manejo del conflicto que devuelve a las partes la responsabilidad de tomar sus propias decisiones en relación con sus vidas». (Folberg, 1982, pág. 13).

Por su parte Jessica Pearson y Nancy Thoennes la definen de la siguiente forma: «La mediación es un proceso participativo y consensual en el que un tercero -el mediador- anima a los que están en disputa a encontrar una base de mutuo acuerdo, ayudándoles a identificar los temas, reducir los malos entendidos, desahogar las emociones, clarificar las prioridades, encontrar puntos de acuerdo, explorar nuevas áreas de compromiso y por último negociar un acuerdo. La mediación pone el énfasis en la carencia de aspectos formales, en la comunicación abierta y directa, en el reforzamiento de los vínculos positivos y la evitación de los reproches y culpabilidades». (Pearson y Thoennes, 1982, pág. 53).

Para definir la custodia conjunta habría que partir de la base, ampliamente aceptada por los profesionales implicados en el tema, de que «el divorcio es esencialmente una cuestión de elección privada y que la culpabilidad ha llegado a ser menos importante en las decisiones sobre la custodia, ya que el divorcio más que poner fin a la familia lo que hace es reorganizarla, puesto que los padres lo son para toda la vida». (Folberg, 1984, pág. 3). De la misma forma es importante no perder de vista que «el divorcio es un proceso, no un hecho aislado. Los padres y los niños necesitan tiempo para pasar por sus muchas fases». (Bienenfeld, 1983, pág. 10).

El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos padres mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. «La custodia conjunta post-divorcio se define aquí como un arreglo por el que ambos padres tienen iguales derechos y responsabilidades en relación con las decisiones importantes y ninguno de los padres tienen iguales derechos y responsabilidades en relación con las decisiones importantes y ninguno de los padres tiene mayores derechos que el otro. La custodia conjunta significa, en esencia, proporcionar a cada uno de los padres la misma voz en la educación, crianza, educación religiosa, atención médica habitual y salud general de los hijos. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con disciplina, limpieza, alimentación, actividades, contacto social y atenciones en caso de emergencia». (Folberg, 1984).

En relación con esas citas y opiniones transcritas merece la pena destacar que la mayoría de ellas son de profesionales del Derecho, no de la Psicología o la Salud Mental. Es más, algunas de las Asociaciones pioneras del enfoque que preconizamos han sido promovidas por esos profesionales del Derecho. La Association of Family and Conciliation Courts, con más de 25 años de existencia, es un claro ejemplo de ello y la American Bar Association, también citada ya, es otro claro exponente en este sentido.

ASPECTOS QUE DEBERIA ABARCAR EL SERVICIO Y VENTAJAS

En la actualidad, los equipos adscritos a los Juzgados de Familia, por todos los condicionamientos existentes, se tienen que limitar a emitir dictámenes que dejan sin resolver una serie de problemas relacionados con muchos de los aspectos de la Salud Mental implicados.

Puesto que lo que pretendemos es mejorar al máximo el servicio que la Administración presta a los ciudadanos y para tratar de que realmente contribuya a resolver problemas que afectan al buen funcionamiento de la sociedad, ese servicio que se preconiza debería abarcar los siguientes aspectos:

1. Aconsejamiento de pareja y familia, cuando existe la posibilidad de evitar un divorcio innecesario.
2. Aconsejamiento para el divorcio, con el fin de ayudar a las familias y a los individuos a adaptarse al divorcio y a establecer una relación cooperadora como padres, antes, durante y después del divorcio.
3. Mediación en conflictos de pareja, familiares y de divorcio con el fin de llegar a soluciones realistas y positivas para todos los implicados.
4. Preparación de evaluaciones para la custodia y régimen de visitas en los casos en que los padres que se divorcian no sean capaces de ponerse de acuerdo a través de la mediación.
5. Evaluaciones para el consentimiento matrimonial en el caso de los menores de edad.
6. Evaluaciones en los casos de adopción.
7. Organizar e impartir cursos para padres, hijos de divorciados, padres adoptivos, etc. Estos cursos no sólo tratarían de temas estrictamente relacionados con el divor-

cio, sino que podrían y deberían ayudar a padres y maestros a abordar con mejores garantías de éxito, problemas de tipo académico y conductual.

Todo ello llevaría aparejadas una serie de ventajas, entre las que se podrían citar:

- a) El descargar de trabajo a los jueces.
- b) La familia en crisis se reestructuraría de forma que pudiera avanzar, aprendiendo a comunicarse y a manejar los conflictos.
- c) La familia seguiría manteniendo el control sobre las consecuencias de sus actuaciones, en lugar de ceder el poder sobre la toma de decisiones al abogado o al juez.
- d) Ayudaría a consturir relaciones, en lugar de destruirlas.
- e) Supondría un menor costo desde el punto de vista de la salud mental: tanto los niños como los adultos asumirían mejor el proceso.
- f) Menor costo económico. No existen datos referidos a nuestro país, pero el en Condado de Los Angeles, California, en el año 1979, los gastos que ocasionaba un procedimiento de divorcio contencioso eran 388% mayores que los ocasionados por un procedimiento sometido a mediación. (Mcisaac, H., en : Davidson, Ray, Horp-witz, Eds.: *Alternative Means of Family Dispute Resolution*. Washington, D.C.: American Bar Association, 1982, p. 156).
- g) Ayudaría a evitar la discriminación que actualmente sufren las mujeres y sus hijos. En la actualidad (tenemos que volver a utilizar datos de U.S.A.) las mujeres divorciadas y sus hijos sufren una disminución de un 73% en su nivel de vida, mientras que sus ex-maridos disfrutaban de un aumento de 42% en el suyo. (Weitzman, Lenore J.: *The Divorce Revolution*. New York: The Free Press, 1985).
- h) Ayudaría también, por medio de los cursos a que se ha hecho referencia, a mejorar la comprensión de las situaciones y a evitar problemas subsidiarios.

CONCLUSIONES

1. Se debería fomentar y propiciar la utilización de métodos alternativos a los procedimientos contenciosos en todo lo relacionado con el Derecho de Familia. Habría que tender a que la Justicia se abriera paso fuera de los Juzgados.
2. Los profesionales de la Psicología deberían ser parte fundamental en ese tipo de intervenciones.
3. A fin de conseguir esos objetivos se deberían crear asociaciones interdisciplinarias que tuvieran la suficiente fuerza como para promover la necesaria legislación, encaminada a posibilitar esos métodos alternativos para la resolución de los problemas relacionados con el Derecho de Familia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Association of Family and Conciliation Courts. Culdelines for Establishing Court Connected Family Conciliation and Mediation Services. October, 1984.
- Bienenfeld, Florence. Child Custody Mediation. New York: Science and Behavior Books, 1983.
- Bienenfeld, Florence. The Problem with Divorce is that they turn into Woares. Conciliation Courts Review. Vol. 23, N.º 1, 33-42, 1985.
- Coy, A. Algunas consideraciones sobre el trabajo de los psicólogos en los Juzgados de Familia y propuesta de un modelo de intervención. Comunicación presentada al III Congreso Nacional de A.E.T.C.O. Gijón. Noviembre 1985.
- Coy, A., Benito, Fe y Martín Corral, Serafín. Divorcio: ¿Justicia sin Juzgados? Revista Jurídica Región de Murcia, N.º 2, en prensa.
- Davidson, Ray & Horowitz, Eds.: Alternative Means of Family Disput Resolution. Washington, D.C.: American Bar Association, 1982.
- Folberg, J. & Taylor, Alison. Mediation. San Francisco: Jossey-Bass, 1984.
- Folberg, J. Ed. Joint Custody and Shared Parenting. Washington, D.C.: The Bureau of National Affairs, Inc. & The Association of Family and Conciliation Courts, 1984.
- National Institute for Dispute Resolution. Paths to Justice: Major Publi Policy Issues of Dispute Resolution. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, January, 1984.
- Pearsson, Jessica & Thoennes, Nancy. Final Report of the Divorce Mediation Research Project. Washington, D.C.: U.S. Department of Healt and Human Services. November, 1984.
- Saposnek, D.T. Mediating Child Custody Disputes. San Francisco: Jossey Bass, 1983.
- Saposnek, D.T. Strategies in Child Custody Mediation: A Family Systems Approach. Mediation Quarterly, N.º 2, 1983.
- Ware, Ciji. Sharing Parenthood after Divorce. New York: The Viking Press 1982.
- Weitzman, Lenore J. The Divorce Revolution. New York: The Free Press, 1985.