

**DERECHO DE CUSTODIA, NEUTRALIDAD DE GENERO,  
DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER  
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO O NIÑA**

Marcela Huaita Alegre\*

**Introducción**

El presente artículo está centrado en la discusión sobre cómo puede ser interpretado el principio del interés superior del niño o niña en una situación de separación o divorcio en la que ambos padres desean conservar la custodia [1] e los/las hijos/as y ninguno de ellos está inmerso en condiciones especialmente desventajosas que lo/la puedan descalificar, como por ejemplo: maltrato infantil o negligencia paterna/materna.

Comment [1]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [2]: <!--[endif]-->

A lo largo del artículo se pondrá especial atención al significado que, en este contexto, puede tener el principio de igualdad y no discriminación en base al sexo. Algunos de los puntos que serán discutidos y se espera aportar en su comprensión son:

- \* La interacción de los derechos humanos de la mujer con el principio del interés superior del niño o niña en relación con la entrega de la custodia en casos de separación o divorcio
- \* Nos preguntaremos si el principio del interés superior del niño o niña podría ser un camino para conseguir la co-custodia con los varones/padres y de esta manera contribuir al cambio del rol tradicional de la mujer;
- \* De qué manera esta doctrina puede aplicarse en situaciones en donde la madre y el padre no están en igualdad de condiciones en la vida real y por tanto en la toma de decisiones que afectan a la familia.

En primer lugar será analizado el marco internacional centrándonos en dos Convenciones: La Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En ambos casos encontraremos coincidencia en los principios internacionales recogidos como es el caso del interés superior del niño o niña y el de no discriminación.

En segundo lugar, el derecho de custodia sobre los/las hijos/as menores será revisado en el contexto del derecho de familia. Esta revisión nos permitirá analizar cómo los principios plasmados en el contexto internacional han sido impulsados por el desarrollo de la jurisprudencia angloamericana [2] en materia de familia y nos permitirá conocer las tendencias actuales en la materia.

Comment [3]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [4]: <!--[endif]-->

Así presentaremos como el derecho norteamericano ha ido pasando del principio de los “años tiernos” [3] a la de “co-custodia” [4], incorporándose en los últimos años la preferencia por “el/la dador/a de cuidados básicos” [5]. En esta parte discutiremos cuáles son los principales intereses que se deben tener en consideración al momento de decidir la custodia de los/las hijos/as menores y será afirmado que no es únicamente el interés del/la niño/a el que debe tomarse en cuenta por los/las jueces/zas. Al momento de tomar la decisión sobre la custodia, éstos deben tener presente también el interés de los padres en relación con la autonomía personal que se busca luego de un proceso de divorcio y el respeto por la continuidad de una estrecha relación con el/la niño/a.

Comment [5]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [6]: <!--[endif]-->

Comment [7]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [8]: <!--[endif]-->

Comment [9]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [10]: <!--[endif]-->

Asimismo, analizaremos los derechos de las madres y los padres en materia de custodia, así como algunas críticas que se han hecho a la doctrina de “co-custodia” como la que mejor responde al “interés superior del niño o niña”. Presentaremos la preferencia por “el/la dador/a de cuidados” como un principio alternativo a ser considerado, así como sus ventajas y posibles desventajas.

Esta discusión teórica nos servirá también para presentar la actual regulación de este derecho en la legislación familiar peruana. Algunas de las principales instituciones del derecho de familia serán discutidas como son la patria potestad[6] y la tenencia[7]. Ambos conceptos serán introducidos en relación con situaciones de separación o divorcio. Para un mejor entendimiento de cómo funcionan estas instituciones en la práctica, serán propuestos algunos casos de estudio los que nos permitirán mostrar como los principios desarrollados en el ámbito internacional se encuentran presentes en esta legislación pero de una manera desorganizada y hasta podría decirse contradictoria.

Finalmente y como conclusión presentaremos algunas recomendaciones a ser tomadas en consideración en la legislación familiar en esta materia.

## 1. Marco internacional

En el presente siglo, la evolución de la protección de los derechos de las personas tiene como hitos fundamentales dos Convenciones: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979 y; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989.

La primera de ellas, también conocida como Convención de las Mujeres, es un instrumento internacional que promueve el avance de la mujer a través de la eliminación de la discriminación contra ella y el reconocimiento de sus derechos en diversos campos como son: educación, salud, familia, nacionalidad, estatus legal, etc. exigiendo igualdad en el campo de los derechos civiles y políticos como en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

En materia de relaciones familiares, en el tema que nos compete, es importante tener en cuenta además, la Recomendación General N° 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, adoptada por la CEDAW en 1994.[8]

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece un mínimo estandar de protección a los derechos de la infancia, aplicables a todas las personas menores de 18 años, reconociendo además con igual énfasis la importancia del disfrute tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales.

Entre los principios generales o temas centrales abordados por esta Convención, encontramos[9]:

- \* Interés superior del niño o niña
- \* Evolución de las capacidades del/la niño/a
- \* No discriminación
- \* Respeto por la dignidad humana del/la niño/a

En relación con la decisión de la custodia todos estos principios son importantes, sin embargo para efectos del presente análisis, nos centraremos en dos de ellos: el interés superior del niño o niña y la no discriminación en base al género, por haber sido recogidos estos dos principios en ambas convenciones.

### 1.1 Interés superior del niño o niña

Comment [11]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [12]: <!--[endif]-->

Comment [13]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [14]: <!--[endif]-->

Comment [15]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [16]: <!--[endif]-->

Comment [17]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [18]: <!--[endif]-->

El interés superior del niño o niña es uno de los principios primordiales recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, este no es un concepto nuevo en el marco internacional de los derechos humanos.

Este principio fue reconocido por primera vez en 1959 en la Declaración de los Derechos del Niño:

#### Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, **la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.**<sup>[10]</sup>

Este principio también aparece en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:

#### Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; **en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;**<sup>[11]</sup>

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en el artículo 3.1, el mismo que sirve como marco general para la interpretación de cualquier otro artículo dentro de la Convención:

#### Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.**<sup>[12]</sup>

A lo largo de la Convención, este principio ha sido recogido en diferentes artículos, entre ellos: 9.1,3 (separación de los padres) 18.1 (responsabilidades de los padres); 20.1 (protección de los/las niños/as sin familia); 40.2, iii (Administración de Justicia Juvenil).

A pesar que no existe una exacta definición de este principio puede decirse que el mismo incluye el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del/la niño/a, como había sido propuesto en el primer borrador de la Convención presentado por Polonia<sup>[13]</sup>.

Algunos especialistas denominan este artículo como una provisión “paragua” en el sentido que provee de protección o sirve de referencia en situaciones o condiciones no especificadas. Este principio juega diferentes roles

Comment [19]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [20]: <!--[endif]-->

Comment [21]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [22]: <!--[endif]-->

Comment [23]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [24]: <!--[endif]-->

Comment [25]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [26]: <!--[endif]-->

dentro de la Convención <sup>[14]</sup>, como son:

- \* Da soporte, justifica y clarifica otros artículos de la Convención;
- \* Es un principio mediador que puede asistir en la resolución de conflictos entre derechos diferentes;
- \* Sirve de base para la evaluación de la legislación y práctica de los Estados Partes.

En consecuencia el interés superior del niño o niña es un principio que debe ser tomado en cuenta en cualquier circunstancia ya sea en el corto o mediano plazo, tanto en situaciones de carácter general como en circunstancias especiales.

## 1.2 Igualdad y no discriminación

De otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2 establece el principio de la igualdad y no discriminación.

### Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna, independientemente de** la raza, el color, **el sexo**, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición **del niño, de sus padres o de sus representantes legales.**<sup>[15]</sup>

A pesar del hecho que el término “discriminación”<sup>[16]</sup> no ha sido definido en la Convención misma, éste debe ser interpretado en el sentido establecido por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 18 de 1989.<sup>[17]</sup> En dicho documento, el Comité establece que: “1. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos.”<sup>[18]</sup>

Precisamente en relación con la discriminación contra los/las niños/as, este Comentario General señala :

**En lo que respecta a los niños, el artículo 24** [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] **dispone que todo niño, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento,** tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.<sup>[19]</sup>

De esta manera, los Estados Partes deben “adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto.”<sup>[20]</sup>

Es posible decir entonces que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene una de las más comprehensivas versiones del principio de no discriminación, en particular porque no sólo prohíbe la discriminación en contra del/la niño/a, sino que esta prohibición se extiende a los padres del/la niño/a o a sus guardianes legales.<sup>[21]</sup> En consecuencia, un/a juez no debe tratar discriminatoriamente a la madre o padre del/la niño/a o adolescente.

Por su parte, la Convención de las Mujeres recoge el principio de igualdad y no discriminación a lo largo de sus 30 artículos, definiendo la “discriminación contra la mujer” como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer,

Comment [27]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [28]: <!--[endif]-->

Comment [29]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [30]: <!--[endif]-->

Comment [31]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [32]: <!--[endif]-->

Comment [33]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [34]: <!--[endif]-->

Comment [35]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [36]: <!--[endif]-->

Comment [37]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [38]: <!--[endif]-->

Comment [39]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [40]: <!--[endif]-->

Comment [41]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [42]: <!--[endif]-->

independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”<sup>[22]</sup>

Comment [43]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [44]: <!--[endif]-->

Particularmente, en el capítulo de relaciones familiares (Art. 16.1.d) establece que hombres y mujeres, sobre bases de igualdad, deberán tener los mismos derechos y responsabilidades como padres cualquiera que sea su estado civil, en todo lo referente a los/las hijos/as. Más aún en la interpretación hecha por la CEDAW de este artículo se hace hincapié en que ambos padres deben compartir iguales derechos y obligaciones para con sus hijos mediante las instituciones jurídicas de la tutela, la curatela, la custodia y la adopción y que ello debe ser impuesto conforme a ley cuando proceda.<sup>[23]</sup>

Comment [45]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [46]: <!--[endif]-->

Sin embargo, en la misma Recomendación General N° 21 la CEDAW reconoce que "cuando las madres están divorciadas o viven separadas, muchos padres no comparten las obligaciones del cuidado, la protección y el mantenimiento de sus hijos."<sup>[24]</sup>

Comment [47]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [48]: <!--[endif]-->

Ello nos hace ver que si bien esta Convención promueve la igualdad en la dimensión de los roles familiares, también precisa que esta igualdad en muchos casos es más un objetivo a ser obtenido que una realidad.

En la actualidad, una dimensión jerárquica está presente en muchas familias de manera que los individuos no son percibidos como iguales en la vida diaria. Resulta importante pensar acerca de lo que sucede en estos casos que están lejos de la familia ideal pretendida por la norma jurídica. Ello hace necesario analizar qué consecuencias se derivan de la aplicación de la doctrina del interés superior del niño o niña y cómo ésta es aplicable en casos en donde la madre y el padre no están en iguales condiciones ya sea en relación con la norma, con el ámbito judicial o en sus efectos prácticos.

A propósito de ello, es necesario tener en consideración que para pensar en alternativas no discriminatorias al interior de la familia, es sumamente importante percibir el fenómeno jurídico en toda su integralidad, no sólo en relación con la norma jurídica. Al respecto, Alda Facio ha desarrollado un concepto amplio del derecho que resulta apropiado especialmente cuando se analizan instituciones complejas como son todas aquellas que norman las relaciones familiares.

Este concepto del derecho incluye tres componentes: componente formal-normativo que se refiere a la *norma agendi* (ley nacional o tratado internacional); componente estructural que esté referido al contenido que se le da a la norma al momento de interpretarla o aplicarla (legisladores/as, jueces, policías, etc.); y componente político cultural que es el significado que se le va a dar a la norma por otros agentes a través de la creación de doctrina jurídica, costumbres y tradiciones.<sup>[25]</sup>

Comment [49]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [50]: <!--[endif]-->

En ese sentido, en todas las ramas del derecho, pero especialmente en el derecho de familia, existen normas escritas y no escritas que están presentes en cada uno de estos tres ámbitos y que complejizan la tarea de conseguir efectos no discriminatorios en la aplicación de leyes y tratados internacionales como a los que aquí se hace referencia.

## 2. Cambios en el derecho de familia

Una característica importante de los tratados internacionales referidos a los derechos humanos, como los aquí mencionados, es su posibilidad de ser recogidos al interior de las legislaciones nacionales a través de la adecuación de sus normas o directamente mediante la aplicación de los mismos en casos concretos por los jueces. En ese sentido, estos tratados internacionales cumplen una labor orientadora de la labor legislativa y judicial.

En el tema que nos ocupa, corresponde al derecho de familia la regulación de esta materia y, en consecuencia, la puesta en funcionamiento de estos principios generales, como veremos a continuación.

### 2.1 Familia, derecho de familia y decisión de la custodia

Como habíamos dicho antes, en este artículo queremos centrarnos en el análisis de los casos de separación o divorcio en donde no hay circunstancias especiales [\[26\]](#) para denegar la custodia a alguno de los padres.

Comment [51]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [52]: <!--[endif]-->

El derecho de custodia ha sido resuelto por el derecho de familia en diferentes formas a lo largo de la historia. Actualmente, algunos de los criterios que los/las jueces/zas deberán tomar en consideración para determinar su entrega a uno de los padres son:

- \* La doctrina de los años tiernos: El/la niño/a durante sus primeros años (años tiernos) necesitaría a la madre más que al padre porque ella está mejor preparada para nutrir y cuidar al niño.
- \* El interés superior del niño o niña: El principio del interés superior del niño o niña en materia de custodia estaría referido a los lazos emocionales de éste/a con los padres, así como la capacidad de estos de proveerle de cuidado y guía.
- \* La doctrina de la co-custodia: Esta doctrina supone una relación de cooperación entre los padres después del divorcio y también implica que ambos padres sean consultados para la toma de la mayoría y más importantes decisiones respecto del/la niño/a.
- \* La presunción de "el/la dador/a de cuidados básicos": Según esta doctrina, los/las niños/as necesitan cuidado día a día y el padre/madre quien ha venido realizando estas tareas. Es decir el padre/madre que ha asumido el rol de "dador/a de cuidados", durante el matrimonio debería retener la custodia de los/las niños/as.

## 2.2 Derecho de familia e igualdad

En el derecho de familia, así como en otras ramas del derecho puede decirse que la función de la norma jurídica es doble: crea un ideal de estructura familiar mientras que al mismo tiempo propone alternativas cuando este ideal no se cumple en la realidad. Esta es una contradicción que no es fácil de resolver. A través de sus normas, el derecho de familia refleja una ideología de lo que debe ser la familia y ello está en directa relación con su visión de la sociedad en donde existe gente tanto en posiciones dominantes como en posiciones sin poder.

De diversas maneras, estos roles son reflejados en el fenómeno jurídico en los tres componentes anteriormente mencionados, ello hace una tarea muy difícil el introducir estructuras diferentes -aunque existentes pero negadas por el derecho- y soluciones alternativas a las plasmadas en el ordenamiento legal.

En relación a ello, especialistas reconocen que el derecho de familia tiene dos aspectos [\[27\]](#): uno apologético y otro utópico. En el lado apologético, "el derecho de familia refuerza la dominación de la mujer por el hombre y la opresión de los/as niños/as por sus padres" [\[28\]](#). Desde su lado utópico, el derecho de familia tiende a "hacer realidad la unión humana viviendo en conformidad con nuestras esperanzas y aspiraciones" [\[29\]](#)

Comment [53]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [54]: <!--[endif]-->

Comment [55]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [56]: <!--[endif]-->

Comment [57]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [58]: <!--[endif]-->

Tanto la Convención de las Mujeres como la de los Derechos del Niño tratan de los derechos de personas que por muchos años han sido reconocidas por el derecho como personas sin poder. Ambas convenciones son producto de un histórico proceso de emancipación y autonomía donde primero las mujeres y después los/las niños/as han sido visualizados como sujetos de derechos. A pesar de ello, en la realidad, este reconocimiento no se ve traducido en una situación fáctica.

En muchas circunstancias, el componente político cultural es más fuerte que la norma jurídica misma introduciéndose a través de su interpretación, de tal manera que al momento de la aplicación de la norma se continúa colocando a niños y mujeres en situaciones sin poder. La decisión de la custodia es, por ejemplo, una situación que permite pensar acerca del rol de las mujeres y los/las niños/as en la familia. Así el espacio de autonomía reconocido

para cada uno de ellos dependerá de la teoría y la ideología que de soporte a la decisión del/la juez.

En un caso de divorcio, se debe conseguir un balance entre el aspecto utópico y el aspecto apologetico del derecho y se debe decidir “lo mejor”. Sin embargo, “lo mejor” podría ser diferente para cada uno de las personas involucradas en la decisión. Pensar que lo mejor para el/la niño/a será también lo mejor para la madre y el padre podría ser una aproximación utópica, ¿quién puede decidir?

Una posible solución podría ser ignorar los diferentes intereses que existen dentro de la familia, pero ello podría ser un camino para legitimar roles que son opresivos para alguno de sus miembros. En consecuencia sería mejor si los/las jueces/zas reconocen al menos tres intereses diferentes en los casos de custodia y se preguntan por el rol que desempeña cada uno de los miembros de una determinada familia.

En otras palabras, para decidir la custodia de los/las niños/as, será necesario conseguir el correcto balance entre diferentes intereses<sup>[30]</sup>:

- \* Las necesidades del/la niño/a por soporte financiero y emocional así como cuidado físico de ambos padres
- \* La necesidad de los padres de mantenerse unidos con el/la niño/a
- \* La necesidad de los padres de autonomía personal

Asimismo, se podría hablar de un cuarto interés en relación con el interés de los/as hermanos/as de crecer juntos y no ser separados, pues la convivencia entre hermanos/as coadyuva a su mejor interrelación y la consolidación de lazos que serán de suma importancia en el futuro.

Estos son intereses en conflicto en un caso de custodia, no solo entre los padres, sino también entre el/la niño/a y cada uno de los padres. De ahí que se debe tener en consideración estos diferentes intereses cuando se decide la entrega de la custodia de los/las hijos/as a cualquiera de los padres.

### 3. ¿Qué sucede con los derechos de las mujeres en los casos de custodia?

La noción de que sólo las mujeres puede proveer de cuidado y nutrición a los/las niños/as está cambiando en el mundo occidental. Más aún, el principio de igualdad entre hombres y mujeres ha llevado en algunos casos a que se exija la aplicación de neutralidad de género con lo que muchos hombres han conseguido que se les entregue la custodia de sus hijos a pesar de los derechos alegados por las mujeres. Sin embargo, en muchos países especialmente en aquellos en donde el derecho consuetudinario puede ser aplicado, las mujeres tienen problemas para conseguir el reconocimiento de sus derechos en las relaciones familiares. En otros, las mujeres sufren discriminación en la familia porque en casos de conflicto la decisión del padre es preeminente.

Para un/a juez, tomar una decisión podría resultar una tarea muy difícil y compleja, especialmente cuando los principios del interés superior del niño o niña y de igualdad y no discriminación pueden parecer en conflicto.

A continuación discutiremos las principales doctrinas en relación con el interés del/la niño/a y el interés de los padres de mantener la comunicación con el/la niño/a pero respetando la autonomía entre ellos. Asimismo analizaremos la interacción de la evolución de los derechos de las mujeres respecto de estas principales doctrinas.

#### 3.1 Doctrina de los años tiernos

La doctrina de los años tiernos fue sostenida por la presunción de que toda madre por el hecho de serlo goza de suficientes habilidades para brindar cuidado, amor y disciplina a sus hijos/as. En consecuencia, la custodia de un niño/a de tierna edad es entregada a la madre, a menos que ella sea declarada incapaz.

Comment [59]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [60]: <!--[endif]-->

Esta doctrina tuvo su auge en el siglo XIX y fue considerada una victoria para las mujeres pero también una derrota<sup>[31]</sup>. Fue una victoria para las mujeres porque se había desarrollado en una sociedad donde la regla común era la preferencia por el padre en el momento de otorgarse la custodia de un/a hijo/a. El triunfo de esta doctrina permitió a las mujeres ser cabezas de familia después del rompimiento marital, así como salir del poder de un esposo abusivo muchas veces sin la pérdida de sus hijos/as.

Comment [61]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [62]: <!--[endif]-->

Sin embargo, esta doctrina reforzó los roles tradicionales de las mujeres en la esfera privada, como servidora del hogar, desalentándolas en su búsqueda de independencia. Ello fue manipulado en muchos casos por el razonamiento judicial y cuando una mujer hacía evidente metas propias, podía ser calificada como no apta para encargarse del cuidado de sus hijos/as.

Durante el presente siglo y especialmente como consecuencia de las doctrinas de igualdad y no discriminación enarboladas por el movimiento feminista esta doctrina fue criticada. Grupos de defensa de los derechos de los padres apropiándose de este discurso argumentaron entonces en contra de dicho principio por estar basado en una presunción discriminatoria que supone las mejores condiciones para la custodia de los/las hijos/as en favor de las mujeres por el simple hecho de ser madres.

### 3.2 Interés superior del niño o niña

Los instrumentos internacionales analizados en la primera parte de este artículo presentan la doctrina del interés superior del niño o niña, sobre la base de neutralidad de género e igualdad entre los padres. Asimismo se ha sostenido que en los casos en que se discute la custodia de los/las niños/as, el “interés superior del niño o niña” significa que los/las jueces/zas deben tener como principal interés las necesidades y deseos del/la niño/a y la habilidad del padre o madre para cubrir dichas necesidades.

Algunos de los factores que tradicionalmente han sido tomados en consideración en la jurisprudencia norteamericana<sup>[32]</sup> son:

Comment [63]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [64]: <!--[endif]-->

- \* los deseos de los padres del/la niño/a
- \* los deseos del/la niño/a
- \* la interrelación del/la niño/a con cada uno de los padres y otros miembros de la familia (especialmente hermanos/as)
- \* el ajuste del/la niño/a a su hogar, escuela y comunidad.
- \* la salud mental y física de todas las personas involucradas

En códigos más recientes, la lista de factores a ser considerada por los/las jueces/zas ha sido bastante desarrollada, como lo demuestra el Código del Distrito de Columbia<sup>[33]</sup>. Este Código considera como factores relevantes los siguientes:

Comment [65]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [66]: <!--[endif]-->

- \* Los **deseos del/la niño/a** para su custodia, cuando es practicable
- \* Los **deseos del padre/madre o de ambos** en relación con la custodia del/la niño/a
- \* La **interacción e interrelación del/la niño/a con su padre o madre o con ambos, sus hermanos/as** y cualquier otra persona quien pueda influir emocional o psicológicamente el interés superior del niño o niña
- \* El ajuste del/la niño/a a su hogar, escuela o comunidad
- \* La salud física y mental de todas las personas involucradas
- \* **La capacidad de los padres para comunicarse y lograr compartir las decisiones que afecten la vida del niño o niña**
- \* **La buena voluntad de los padres de compartir la custodia**

\* **El involucrimiento previo de cada padre en la vida del/la niño/a**

- \* La disrupción potencial de la vida escolar y social del/la niño/a
- \* La proximidad geográfica de las casas parentales en relación con la consideración práctica del horario de residencia del/la niño/a o niños/as
- \* La exigencia del empleo parental
- \* La edad y número de niños/as
- \* La sinceridad de la solicitud de cada uno de los padres
- \* La capacidad de los padres de sostener financieramente el acuerdo de custodia
- \* El impacto del SIDA para las familias con niños/as dependientes y asistencia médica
- \* El beneficio de los padres
- \* Pruebas de maltrato intrafamiliar

El análisis de los criterios propuestos por este Código permite introducir algunos de los elementos que fueron desarrollados por las teorías aquí presentadas.

### 3.2.1 Deseos del/la niño/a

En los últimos años se ha desarrollado una nueva imagen del/la niño/a, el/la niño/a como persona humana <sup>[34]</sup>. En tanto persona humana, el/la niño/a tendrá derecho a su propia identidad. Es posible decir que después que las mujeres llegaron a ser reconocidas como personas en igualdad de condiciones que los varones, la esposa puede disfrutar de la misma autoridad que el esposo en la familia. Ahora, la imagen del/la niño/a también se ha desarrollado y el/ella es tratado/a como una persona, titular de derechos y obligaciones dentro de la familia.

Comment [67]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [68]: <!--[endif]-->

Uno de los elementos más significativos en este proceso es el reconocimiento de los deseos del/la niño/a, así como que los mismos deben ser escuchados en tanto ello sea posible. En consecuencia, en los casos de decisión sobre la custodia, ellos tiene derecho a decir sus deseos y preferencias respecto de sus padres.

La actual tendencia mundial reconoce este derecho de los/as niños/as a expresar su opinión y deseos. En ese sentido, el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional." <sup>[35]</sup>

Comment [69]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [70]: <!--[endif]-->

Sin embargo, no es fácil saber hasta qué punto es conveniente que los/as niños/as intervengan en los procesos de custodia para dar su opinión sobre sus preferencias por los padres. Tal consideración debe ser tomada en base a diversos elementos como la edad y madurez del/la niño/a, quién lo/la entrevistará (¿debe ser el/la propio/a juez o un/a especialista?) y en dónde será interrogado (¿en la corte o en otro lugar?).

También resulta interesante reflexionar sobre cómo el/la niño/a puede formarse una opinión en relación con sus padres. Podría ser que el/la niño/a crea que el padre/madre que será mejor custodio/a para él será el más amigable pero podría ser que éste/a no sea el/la más responsable. Si la decisión de a quién entregarle la custodia del/la niño/a es difícil para el/la juez cuando ambos padres parecen aptos para asumirla, ¿cómo podría establecer preferencias el/la niño/a? En algunos casos esta responsabilidad podría tener un signo negativo para el/la niño/a pues podría generarse un sentimiento de culpabilidad, aún cuando su opinión no haya sido definitiva en la decisión final.

Asimismo, en relación con la edad del/la niño/a para que testifique en casos como el que venimos discutiendo, la edad cronológica del/la niño/a no determina su madurez. Sin embargo, parece adecuado fijar una edad mínima como criterio rector, así algunas legislaciones establecen la edad de 14 años para dar al/la menor el derecho a "nominar" a su guardián a menos que su decisión sea claramente contraria al principio del interés superior que lo protege. <sup>[36]</sup>

Comment [71]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [72]: <!--[endif]-->

Todo cuidado para cautelar las emociones y sentimientos del/la niño/a es importante. Algunas de estas precauciones serán que la entrevista sea realizada por un especialista, que podría ser psicólogo o psiquiatra, pues estos profesionales pueden interpretar de una manera adecuada la comunicación verbal y no verbal del/la niño/a. En algunas jurisdicciones es posible que las entrevistas se realicen fuera de la corte siempre que sean grabadas.

### 3.2.2 Deseos de los padres

Otro de los elementos a ser analizados es el deseo de los padres quienes quieren la custodia de sus hijos y quienes creen tener el derecho y la capacidad necesaria para obtenerla. En la medida que la preferencia por la madre ya no funciona como regla para determinar la custodia, sobre todo de los/las hijos/as de edad tierna, el tratamiento formalmente igualitario entre los padres permitiría que la custodia sea dada a cualquiera de ellos o a ambos.

Sin embargo, el deseo de los padres no es un elemento suficiente para garantizar el bienestar de la criatura, por ello la jurisprudencia norteamericana ha establecido un test que es aplicado en muchas jurisdicciones<sup>[37]</sup> y que considera los siguientes factores típicamente:

- \* La calidad del vínculo emocional entre cada padre y el hijo/a
- \* Las guías éticas, emocionales e intelectuales dados al niño a través de sus años de formación
- \* La provisión de la continuidad en el cuidado de la mejor forma posible

Sin embargo, la crítica que se hace a este test es que descansa en factores muy subjetivos y dirigidos hacia el futuro, dejando pocas posibilidades a los/las jueces/zas de decidir bajo el análisis de la evidencia en el juicio por lo que muchas veces se pide la intervención de expertos, dejando en manos de éstos/as finalmente la decisión de la custodia. Estas críticas son en parte compartidas por la doctrina que analizamos a continuación.

### 3.3 Co-custodia<sup>[38]</sup>

Si nos preguntamos por lo que significa exactamente esta doctrina, podríamos decir que “la co-custodia es muchas cosas: es un ideal, una política, un conjunto de expectativas que influyen cómo los padres/madres y sus hijos/as viven y se relacionan uno/a con el otro/a después de la separación marital.”<sup>[39]</sup>

Las principales características de esta doctrina son:

- \* Ambos padres son vistos como igualmente importantes en la vida física y psicológica del/la niño/a
- \* Ambos padres comparten la autoridad para la toma de decisiones acerca de los/as niños/as
- \* Los padres cooperan en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de los/as niños/as
- \* Los/las niños/as pasan una cantidad significativa de tiempo viviendo con cada uno de los padres

En la legislación, este principio podría ser adoptado en dos modalidades diferentes:

- \* Podría ser una opción cuando los padres acuerden regirse por tales reglas
- \* Podría ser una presunción asumida por la ley

Tal como fue comentado al inicio de este artículo la Convención sobre los Derechos del Niño enfatiza que

Comment [73]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [74]: <!--[endif]-->

Comment [75]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [76]: <!--[endif]-->

Comment [77]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [78]: <!--[endif]-->

los/as niños/as deben mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular<sup>[40]</sup>. En consecuencia, algunos especialistas entienden que la doctrina de la custodia conjunta debe ser recomendada por abogados/as y jueces y debe ser asumida por la legislación.<sup>[41]</sup>

Comment [79]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [80]: <!--[endif]-->

Comment [81]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [82]: <!--[endif]-->

Así, el Código del Distrito de Columbia antes citado, establece la co-custodia como una presunción:

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que la co-custodia es en el interés superior del niño/a o niños/as, excepto en circunstancias en que el oficial judicial ha encontrado preponderancia de pruebas de la existencia de maltrato familiar ..., abuso infantil ..., negligencia en contra de los/as niños/as ..., o secuestro de los mismos por alguno de los padres.<sup>[42]</sup>

Comment [83]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [84]: <!--[endif]-->

Bajo este régimen, algunas veces puede resultar contradictorio que los padres quienes se suponen están dispuestos a cooperar en compartir la autoridad y las responsabilidades en la crianza de sus hijos/as, no puedan llegar a un acuerdo en la forma como debe ser establecida la custodia y necesiten entablar un juicio para que ello se defina. Asimismo, los/las jueces/zas al resolver deberán tomar en cuenta la presunción en la medida que no haya evidencia de ineptitud de algunos de los padres y en consecuencia, decidir por la co-custodia, alentando amor y afecto en la familia.

Antes de continuar con el análisis de algunas críticas erigidas en contra de esta doctrina, será útil revisar la evolución sucedida en relación con los derechos de las mujeres y la emergencia del oovimiento por los derechos de los padres.

### 3.3.1 Derechos de las madres

De la misma manera con lo ocurrido con la doctrina de los años tiernos, esta nueva doctrina de la co-custodia puede significar una victoria para las mujeres pero también una derrota.<sup>[43]</sup>

Comment [85]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [86]: <!--[endif]-->

Es una victoria para las mujeres en la medida que refleja igualdad entre el varón y la mujer y legitima los deseos de los hombres por la crianza de los/as hijos/as. Ello hace posible también dar independencia a las madres quienes no desean la custodia de sus hijos/as. Sin embargo, en términos de resultados prácticos, existen muchas más madres que están perdiendo la custodia de sus hijos/as que en la época en que regía la doctrina de los años tiernos.<sup>[44]</sup>

Comment [87]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [88]: <!--[endif]-->

Al enfrentarse a un divorcio, las mujeres sufren diferentes presiones porque en muchos casos los esposos mantienen todavía la posición económica más ventajosa y es posible que usen la misma para intimidar a la esposa con iniciar un juicio por la custodia de los/as hijos/as. Como respuesta a estas tensiones, la mujer puede decidir evitar tomar el riesgo, lo que reduce su poder de negociación, lo mismo que puede verse reflejado en el hecho de que no se solicita una pensión alimenticia en su beneficio, en aceptar acuerdos injustos en relación con los bienes matrimoniales e incluso con la pensión alimenticia en favor de los/as hijos/as. La situación de las mujeres en el post-divorcio refleja que madres y niños/as sufren peores condiciones económicas en relación con los padres, los mismos que en un porcentaje significativo mejoran su situación económica.<sup>[45]</sup>

Comment [89]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [90]: <!--[endif]-->

### 3.3.2 Derechos de los padres

Por su parte, los grupos en defensa de los derechos de los padres argumentaron en contra de la doctrina de los años tiernos porque ésta había sido construida teniendo como base una discriminación en contra de los varones. El principio de la neutralidad de género fue recogido por estos grupos tornándolo en ventaja para los padres en el área de la custodia de los/as hijos/as.<sup>[46]</sup>

Comment [91]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [92]: <!--[endif]-->

Sin embargo, en la vida cotidiana la mayoría de los padres no se muestran muy interesados en asumir el

cuidado diario de los/as niños/as y, en muchos casos, materialmente los abandonan después del divorcio. Ello es posible de ser comprobado cuando se analizan las tasas de incumplimiento de las pensiones alimenticias decretadas en favor de sus hijos.<sup>[47]</sup>

Comment [93]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [94]: <!--[endif]-->

En base a ello, desde las canteras feministas han surgido agudas críticas hacia la doctrina de la co-custodia señalándola como una vía que le otorga poder a los padres como grupo mientras que debilita el poder de las madres individualmente.

Los grupos por los derechos de los padres han promovido la co-custodia porque según ellos estas innovaciones alentarán a los hombres, quienes actualmente incumplen en número alarmante, a pagar las pensiones alimenticias ordenadas. Estos grupos indican que la legión de padres que nunca se han preocupado de visitar a sus hijos acudirán a verlos si ellos gozan de derechos ejercibles unilateralmente respecto de los/as niños/as. Irónicamente, la negligencia e incumplimiento de los padres es usado como uno de los mayores argumentos para concederles un mayor control y poder sobre los/as niños/as y, a través de ellos, sobre la vida de sus madres. La co-custodia, de este modo le otorga poder a los padres como grupo sin exigirles ninguna demostración de responsabilidad.<sup>[48]</sup>

Comment [95]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [96]: <!--[endif]-->

Por otro lado, es interesante detenerse a pensar que en muchos casos cuando la custodia le es entregada efectivamente al padre, en realidad la persona quien proveerá de los cuidados básicos a la criatura será otra mujer: la abuela, la nueva esposa, una hermana, etc. y no el mismo padre.

En ese sentido, se podría decir que aún cuando la norma formal suponga que al entregarle la custodia de los/as niños/as los padres asumirán de hecho las tareas correspondientes y se alentará su participación para el logro de una mejor relación con sus hijos/as, la norma no escrita y que funciona en la realidad es que son mujeres las que se siguen encargando del cuidado de los/as menores.

### 3.3.3 Críticas a la doctrina de la co-custodia

Como antes habíamos comentado, existen diferentes aproximaciones a la doctrina de la co-custodia como la que corresponde efectivamente al interés superior del niño o niña en los casos de decisión de custodia.

Algunas críticas se fundan en el hecho de que la pretensión de alcanzar la mejor solución posible es más una ilusión que una realidad porque reconocer cuál es la opción correcta en el largo plazo es una tarea muy difícil. Algunas de las áreas más problemáticas en este tópico serían<sup>[49]</sup>:

Comment [97]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [98]: <!--[endif]-->

- \* El problema de tener información suficiente y relevante al momento de tomar la decisión
- \* El problema de predecir el futuro
- \* El problema de definir que es lo que realmente significa el “interés superior del niño o niña”

En relación con ello, hay numerosos factores que pueden ser tomados en cuenta por el/la juez al momento de decidir la custodia de los/las niños/as, como ha sido ilustrado cuando se presentaron los criterios asumidos por el Código del Distrito de Columbia.

La obtención de esta información exigirá en muchos casos la consulta a expertos como asistentes sociales, psicólogos y otros profesionales especializados. En ese sentido, los/las jueces/zas se reconocen cada vez más con menos habilidades para tomar la decisión de la custodia sin contar con el informe de expertos. Ello está llevando finalmente a que muchas decisiones sobre la custodia están siendo tomadas fuera de la corte por mediadores familiares u otros profesionales en sistemas alternativos.

Los mediadores son vistos como un sistema no adversarial, de una manera diversa y hasta opuesta de como es

visto el rol de los abogados/as. Como principio, los mediadores se presentan como defendiendo el interés de toda la familia y no sólo de una de las partes. Pero, es posible preguntarse que tan neutral y real es la idea de defender el interés del grupo cuando hay posiciones diferentes de las personas envueltas, ¿cómo pueden determinar cuál es la mejor solución, ¿para quién es mejor?.

Para los padres/madres, tradicionalmente el divorcio significó un proceso emancipatorio por el que terminaban una relación y quedaban libres para reconstruir sus vidas. En ese sentido, una decisión de co-custodia estaría sosteniendo "el ideal de una relación co-parental continua y que podría dejar poco espacio para la formación de nuevas relaciones para los padres o para los/as mismos hijos/as. En efecto, los/as niños/as podrían sufrir más con estas relaciones sin término. No resulta del todo claro que estos no-finales sean sinónimo de felicidad en un número significativo de situaciones familiares."<sup>[50]</sup>

Comment [99]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [100]: <!--[endif]-->

Otro elemento crítico en la doctrina de la co-custodia como la doctrina que mejor responde al interés superior del niño o niña es la buena voluntad de los padres de compartir en términos efectivos dicha custodia, su capacidad de comunicación y lograr tomar decisiones conjuntas en aquellos aspectos que afectarán la vida del/la niño/a.

La doctrina de la co-custodia asume que los padres lograrán una buena interrelación lo que hará que el ejercicio de la co-custodia sea un éxito. Sin embargo, durante el matrimonio, uno de los padres, normalmente la madre, asume el cuidado diario de los/las hijos/as. ¿Por qué después del divorcio ello sería diferente? ¿Ello no estaría creando una irrealista e idealizada visión de la custodia que no se basa en la realidad de las relaciones entre los padres después del divorcio?<sup>[51]</sup>

Comment [101]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [102]: <!--[endif]-->

El riesgo de que se establezca la presunción de la co-custodia como la que mejor responde al interés superior del niño o niña no es sólo un asunto teórico. Así por ejemplo, puede ser citado el reporte que Finlandia presentó a la Comisión sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En dicho documento se señala que "la práctica común de las cortes de ordenar la co-custodia, aún en los casos en que los padres son absolutamente incapaces de ponerse de acuerdo en algo concerniente al niño/a, se encuentra bajo una fuerte crítica. En las peores circunstancias, ésto ha dejado a niños/as en una situación donde ninguna solución ha sido lograda, aún en el caso de asuntos importantes. Podría tomar años, por ejemplo, que un niño/a cambie de colegio u obtenga pasaporte."<sup>[52]</sup>

Comment [103]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [104]: <!--[endif]-->

Así, es pertinente reflexionar sobre si esta doctrina responde al principio de igualdad y no discriminación señalado en la primera parte de este artículo. En una primera lectura pareciera que en tanto ambos padres son tratados como equiparables, es decir con las mismas posibilidades de obtener la custodia de la criatura, esta doctrina sería no discriminatoria. Sin embargo, un análisis de este tipo respondería únicamente a una igualdad formal pero sería discriminatoria contra las mujeres en términos de resultados.

Si lo que pretendemos es responder al principio de igualdad y no discriminación de manera real, nuestro análisis deberá reconocer que en la gran mayoría de casos las mujeres son las que asumen la reponsabilidad de la crianza.<sup>[53]</sup> En ese sentido, se han desarrollado doctrinas que sin dejar de ser "neutrales" en términos de género, responden mejor a esta realidad.

Comment [105]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [106]: <!--[endif]-->

### 3.4 Presunción de él o la dador/a de cuidados básicos

Las críticas revisadas a la doctrina de la co-custodia, especialmente la imposibilidad de predecir quien será el mejor padre para el/la niño/a, determinó que una doctrina alternativa se desarrollara en los años recientes.

Esta doctrina es conocida como la "*Primary Caregiver Preference*" (preferencia por el/la dador/a de cuidados básicos). La propuesta principal de esta doctrina es revisar que fue lo que vino sucediendo en la vida del/la niño/a antes del divorcio de los padres, quien fue la persona que asumió el cuidado del/la niño/a y desarrolló un vínculo más fuerte con el/ella. Esta doctrina no deja de lado la importante contribución del otro padre pero privilegia al que tuvo un mayor involucramiento antes del divorcio.

Esta aproximación reconocería la conveniencia de brindar a los/as niños/as una mayor estabilidad, especialmente cuando ellos son muy jóvenes. En las situaciones de ruptura especialmente, surge la necesidad de dar a los/as niños/as la mayor estabilidad posible ya que todo su medio ambiente cambiará. Por ello los/as niños/as deben continuar en estrecha relación con la persona quien asumió su cuidado diario durante el matrimonio.

Algunos estudios reportan que cuando los padres necesitan hacer un acuerdo privado en un caso de separación, la mayoría de ellos decide que las madres continúen siendo las que asuman la custodia física de los/as niños/as. La presunción de "el/la dador/a de cuidados" solo estaría reflejando dicha regla.<sup>[54]</sup>

En aplicación de esta doctrina las mujeres tendrían mejores oportunidades para ser escogidas para continuar con la custodia de sus hijos/as porque su experiencia como madres a cargo del cuidado de sus hijos/as durante el matrimonio debería tener significativa importancia para el/la juez en el momento de decidir la custodia del/la niño/a. En muchas familias, la realidad muestra que normalmente la madre es la que asume el cuidado de los/as hijos/as. En consecuencia, es irrealístico pensar que después del divorcio esta situación cambiará al determinarse que ambos padres deben compartir la custodia. Esto último parecería corresponder más al ideal impuesto y asumido por la norma.

Otra ventaja de esta teoría es que los/las jueces/zas no necesitan predecir el futuro sino que más bien ellos deben revisar los antecedentes de cada uno de los padres y decidir en base a ello. En ese sentido, jueces y abogados/as están acostumbrados a tratar con este tipo de pruebas lo que haría más fácil su labor al tener que determinar por ejemplo los roles jugados por los padres durante el matrimonio.

Asimismo, se dice, es posible que esta presunción reduzca la litigación, es decir que el número de juicios por la custodia de los/as hijos/as disminuya, en tanto hay mayor posibilidad de predecir la decisión judicial. Abogado/as y padres pueden tener una idea clara de sus posibilidades de ganar o perder el juicio por la custodia.

A pesar de las ventajas acotadas, existen algunas críticas y desventajas respecto de esta teoría que son necesarias tener en consideración, por lo que las expondremos a continuación.

Una de las principales críticas que se le hace a esta doctrina es que la evidencia que puede ser mostrada durante un proceso podría ser insuficiente o podría incluso ser manipulada con el fin de inducir a error al/la juez. En base a las pruebas exhibidas el/la juez podría otorgar la custodia a un padre o madre aún cuando él o ella están conscientes que el otro progenitor podría desempeñarse mejor en todos los frentes.<sup>[55]</sup>

Aunque esta crítica es cierta, sin embargo podría decirse que es mejor tener evidencia de algo real y decidir sobre la base de los antecedentes de los padres más que tratar de adivinar quién será el mejor padre en un futuro contexto. El margen de apreciación y error está presente de cualquier manera en toda decisión judicial. En consecuencia será mejor tener algunas pruebas y no sólo buenos deseos.

Por otro lado esta teoría es criticada en relación con la posibilidad de que se disminuyan los juicios por custodia. Por ejemplo en la experiencia del Estado de Minnesota<sup>[56]</sup>, este Estado asumió la presunción de "el/la dador/a de cuidados" sin embargo ello no trajo como consecuencia la reducción de los litigios sino que por el contrario estos se vieron incrementados. Sin embargo, en otros Estados como el de West Virginia, el uso de esta presunción efectivamente redujo el número de litigios por custodia. Según el análisis hecho por Crippen, el fracaso de la reducción de los litigios en el Estado de Minnesota fue debido a que "la Corte Suprema no había desarrollado una definición viable de lo que se denomina *primary caretaking* (dador/a de cuidados básicos), de ahí que la litigación sobre el derecho de custodia se incrementara más que decreciera en tanto las partes buscaban establecer los parámetros de dicho estatus"<sup>[57]</sup>.

La experiencia de estos Estados muestra la importancia de proveer principios claros a los/las jueces/zas sobre la definición o aplicación de la noción en que se basa la preferencia por "el/la dador/a de cuidados" y su aplicación como estandar en la revisión de casos de custodia.

Comment [107]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [108]: <!--[endif]-->

Comment [109]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [110]: <!--[endif]-->

Comment [111]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [112]: <!--[endif]-->

Comment [113]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [114]: <!--[endif]-->

La preferencia por la co-custodia como una posibilidad de colocar a los padres en el cuidado de los/as hijos/as fue respaldada por muchos grupos feministas. Por el contrario, algunos de éstos critican la preferencia por "el/la dador/a de cuidados" porque esta doctrina favorece a las madres sobre los padres. A pesar de ello, podría decirse que en realidad esta regla es neutral en relación con el género, que si bien en su aplicación, los resultados favorecerán a uno de los géneros -las mujeres- ello es porque se estaría reflejando el hecho de que son éstas las que asumen la crianza de los/as niños/as en nuestra sociedad.<sup>[58]</sup>

Comment [115]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [116]: <!--[endif]-->

Debemos admitir, no obstante, que este es un argumento que puede dar lugar a una gran controversia. Teóricamente es posible sostener que los hombres pueden escoger asumir la crianza de los/as niños/as como "cuidadores primarios" durante el matrimonio y si no lo hacen es su decisión. Sin embargo, podrían existir y de hecho existen una serie de circunstancias sociales que pueden influir y hasta determinar esta decisión.<sup>[59]</sup>

Comment [117]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [118]: <!--[endif]-->

Finalmente, es necesario reconocer que esta preferencia podría llevar a reforzar el rol tradicional de la mujer durante el matrimonio y aún después del divorcio. A pesar de ello, esta preferencia esta basada en la situación de hombres y mujeres en una sociedad real y no en un mundo ideal, al mismo tiempo que es un intento por asegurar un buen futuro a los/as niños/as en nuestra cultura.<sup>[60]</sup> En ese sentido, podría argumentarse que esta doctrina es la que mejor podría estar respondiendo al "interés superior del niño o niña".

Comment [119]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [120]: <!--[endif]-->

Como se ha venido analizando, podría ser riesgoso especular sobre cuál de los padres es capaz de producir el mejor ambiente para el futuro del/la niño/a como se propone en la doctrina de la co-custodia. Podría ser más relevante preguntarse cuál de los padres ha adaptado de hecho su vida e intereses acomodándolos a las demandas del/la niño/a. Este es el enfoque propuesto por el principio de "el/la dador/a de cuidados". Este estandar no ignora la importante aunque secundaria contribución del otro padre/madre, por ello a éste/a se le reconoce el establecimiento de períodos de visita con los/as niños/as.

En relación con ello, resulta de suma importancia encontrar un balance entre el derecho de custodia del/la niño/a a favor de uno de los padres y el régimen de visitas en favor del otro/a. Aunque ambos padres continuen siendo responsables por el bienestar financiero, emocional y físico del/la niño/a, es necesario establecer un conjunto de reglas claras para que el rol de cada padre respete la necesidad de autonomía de cada uno al mismo tiempo que la conservación de la relación humana con sus hijos.<sup>[61]</sup>

Comment [121]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [122]: <!--[endif]-->

El padre/madre al que le sea entregada la custodia no debe usar ésta para tomar ventaja sobre el otro/a. Reglas claras y no desconectadas pueden ayudar a conseguir una buena relación entre los padres en el post-divorcio. Asimismo, el padre/madre al que no se le entregó la custodia debe respetar estas reglas con el fin de conseguir una nueva organización familiar teniendo presente el "interés superior del niño o niña". El respeto y la claridad de las reglas podrían ser la fórmula para obtener la autonomía personal de los padres al mismo tiempo que se conserva una relación cercana con los/as hijos/as.

Cuando no se hace esta distinción y las decisiones son tomadas por ambos padres, aún en el caso que ellos vivan separados, muchas pequeñas decisiones podrían representar complicaciones innecesarias si cada uno desea hacer prevalecer su opinión. Asimismo, en muchos casos, el establecimiento de un régimen de visitas libre podría ser utilizado por uno de los padres para interferir en la vida del otro/a.

### 3.5 Otras formulaciones

Una interesante propuesta resulta la fórmula de "dualidad paterna/dual responsabilidad" planteada por Czapanskiy<sup>[62]</sup>. Según esta fórmula:

Comment [123]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [124]: <!--[endif]-->

el padre que asume la responsabilidad primaria por el cuidado de los/as hijos/as continuará siendo responsable por la mayor cantidad del cuidado diario de ellos. Mientras que el padre que no asume esta responsabilidad también podría ser requerido para proveer de cuidado a los/as niños/as de manera regular aunque por una pequeña cantidad de tiempo. En promedio, el cuidado de los/as niños/as que

asumiría este último sería más o menos equivalente al veinte por ciento del tiempo. De esta manera, la custodia no se le entrega a uno solo de los padres, como en el caso de la doctrina “del/la dador/a de cuidados básicos”, sino que ambos la comparten pero de una manera proporcional.

Un aspecto que es importante revisar en esta propuesta es su viabilidad en la división de responsabilidades y toma de decisiones en la vida diaria del/a niño/a. Si el padre contribuye en un veinte por ciento en las labores de crianza, deberá participar también en la misma proporción en la toma de decisiones, ¿cuáles serán las que le correspondan?, ¿cómo establecer el límite?

De manera complementaria Scott ha planteado que la custodia debe mantenerse lo más cercana posible a como era la situación de las familia previa a la ruptura<sup>[63]</sup>. Es decir que en los casos donde la madre era la "dadora de cuidados" ella debería continuar en la custodia de sus hijos. Sin embargo, en los casos en que el padre también asumió responsabilidades en el cuidado de los/las hijos/as, podría aplicarse la fórmula de la "co-custodia" o de la "dual responsabilidad", según como haya venido funcionando en la práctica.

Algunas de las objeciones que se hacen a esta última modalidad, y que además es compartida por la doctrina “del/la dador /a de cuidados básicos” es que en algunos casos los padres que asumen poco más de las tareas que el promedio de padres realiza en el hogar, sean vistos como "super-papás", aunque si se compara con el total de las tareas que realmente son necesarias desempeñar en la vida de la criatura su participación no resulta tan significativa. De hecho, en la jurisprudencia norteamericana se viene enfrentado el problema del otorgamiento de un mayor valor a la contribución del padre cuando éste dedica más horas al cuidado de sus hijos/as aunque la participación de la madre sea mayor que la de él (pero menor a la del promedio de madres).<sup>[64]</sup>

#### 4. Derecho de familia en latinoamerica: El caso peruano

##### 4.1 Panorama general de la legislación peruana

Antes de entrar en el análisis de la legislación peruana en materia de custodia, resulta importante considerar algunas referencias generales a su sistema jurídico. Perú, como muchos otros países en Latinoamérica, reconoce la igualdad entre varones y mujeres como un principio general en su ordenamiento jurídico.

A nivel internacional, el Perú ha ratificado los siguientes tratados:

##### A) Sistema universal de protección de los derechos humanos

- \* Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966)
- \* Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- \* Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

##### B) Sistema interamericano de proteccion de los derechos humanos

- \* Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)
- \* Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994)

Por su parte, en el derecho interno las normas legales más importantes son:

- \* Constitución: Desde la constitución de 1979 se ha venido reconociendo el derecho a la no discriminación basada en el sexo. La actual Constitución de 1993 recoge este mismo principio en el artículo 2, inciso 1.

Comment [125]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [126]: <!--[endif]-->

Comment [127]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [128]: <!--[endif]-->

- \* Código Civil: Después de la adopción de la constitución de 1979, todos los principales cuerpos normativos fueron cambiados, el Código Civil en 1984 y el Penal en 1993. Actualmente hay un proceso de revisión del Código Civil para su reforma.
- \* Código del Niño y del Adolescente: Luego de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se promulgó un nuevo código reemplazando al antiguo Código de Menores. Este Código recoge el principio del “interés superior del niño o niña” como uno de sus principios rectores.

Como resultado de ello, se puede decir que la legislación peruana en materia de familia es una legislación bastante moderna que ha integrado en sus principales códigos el principio de igualdad y no discriminación como consecuencia de las nuevas tendencias y en coherencia con la subscripción de los tratados internacionales anteriormente mencionados.

En materia de familia la adopción del principio de no discriminación significó una profunda revisión de los derechos y deberes del hombre y la mujer en la relación matrimonial y paterno-filial. Fernández Sessarego, un profesor que participó en este proceso explica:

La Constitución de 1979 y el Código Civil de 1984 abrieron un nuevo y distinto capítulo en el derecho familiar peruano. ... El Perú ha realizado una revisión completa de su derecho de familia, compatible con las declaraciones universales sobre la materia y consistente con el proceso de reforma registrado en los años recientes en derecho comparado. ... Todas las estipulaciones que legalizaban una desigualdad injustificable entre esposos, inconsistentes con el desarrollo histórico, han desaparecido de los textos recientes [\[65\]](#).

Respecto de la materia que venimos analizando, el Código Civil de 1984 establece (Art. 340) que en caso de divorcio, la patria potestad de los/as hijos/as será dada al padre/madre que no dió lugar al divorcio y, en caso ambos fueran culpables [\[66\]](#), los niños varones menores de 7 y las niñas de cualquier edad se quedarán en poder de la madre. En consecuencia, este artículo establece diferencias en materia de custodia sobre la base de la edad y sexo de los/as niños/as, recogiendo además la doctrina de “los años tiernos” para el caso de los hijos varones.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes es aplicable de manera suplementaria al Código Civil en situaciones no previstas por éste. De manera específica, este Código regula la figura de la “tenencia” de los/as hijos/as menores cuando existe una situación de separación de hecho. La figura de la “separación de hecho” se configura cuando una pareja casada vive separada pero sin que se haya seguido ningún trámite de separación legal o divorcio. Generalmente en estas situaciones “de facto” no existen reglas claras aplicables a las relaciones entre los esposos y entre éstos y los/as hijos/as.

Este último Código establece algunas recomendaciones que los/las jueces/zas deben tener en cuenta al momento de decidir:

- El hijo deberá permanecer con el padre o madre con quien convivió un tiempo mayor, siempre que le favorezca.
- Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años. [\[67\]](#)

En ese sentido, el código mantiene la presunción de los años tiernos para los hijos menores de 2 años mientras que establece un principio de “convivencialidad” para los otros casos, acercándose a la doctrina “del/la dador de cuidados básicos”.

#### 4.2 Entrega de la patria potestad o tenencia

Comment [129]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [130]: <!--[endif]-->

Comment [131]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [132]: <!--[endif]-->

Comment [133]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [134]: <!--[endif]-->

Los principios de “neutralidad de género” y “interés superior del niño o niña” han tenido importantes consecuencias en el derecho peruano. Así, se podría decir que la tendencia de la legislación está cambiando de la presunción de “edad tierna” a la del “interés superior del niño o niña”.

Sin embargo, actualmente y debido a los cambios legislativos de los últimos años, estos principios se han sobrepuesto y existen diversas reglas que es posible aplicar en casos similares. Algunos ejemplos podrían ilustrar lo dicho en una mejor manera:

**Caso 1:** Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. Los esposos han decidido separarse legalmente pero no se ha llegado a un acuerdo sobre quién se quedará a cargo de los niños.

**Caso 2:** Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. La esposa ha solicitado el divorcio por la causal de adulterio y el esposo ha reconvenido solicitando el divorcio por injuria grave. Ambos desean quedarse a cargo de los niños.

**Caso 3:** Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. Los esposos han decidido separarse pero no iniciar ninguna acción legal de divorcio. No se ha llegado a un acuerdo sobre quién se quedará a cargo de los niños.

**Caso 4:** Matrimonio con dos hijos: una niña de 10 años y un niño de 8 años. Los esposos viven separados hace 5 años pero no han iniciado ninguna acción legal. Durante los 5 años ambos niños han estado viviendo con la madre. Actualmente el padre desea estar a cargo de los niños con lo que la madre no está de acuerdo.

En todos los casos se presentan similares condiciones: En este momento se presentan ante el/la juez para que sea éste quien defina la cuestión de cuál de los padres quedará a cargo del niño y la niña. En todos los casos, los padres han desempeñado de una manera adecuada sus responsabilidades en relación con los menores, aún cuando han habido conflictos en la pareja.

En el caso 1, el/la juez debe decidir acerca de la patria potestad de los menores, aplicando el artículo 345 del Código Civil. Este artículo establece que en caso de que los padres no se pongan de acuerdo se debe seguir la norma prevista en el artículo 340. En otras palabras, la niña de 10 años debe permanecer con la madre y el niño de 8 años debe permanecer con el padre.

En el caso 2, es posible distinguir diferentes posibilidades:

- a) La esposa consigue el divorcio en base a la causal de injuria grave; en ese caso ella conservará la patria potestad de ambos niños. En este caso no se toma en consideración la edad o el sexo de los niños.
- b) El esposo obtiene el divorcio sobre la base del adulterio, entonces obtendrá la patria potestad de ambos menores. De manera similar, no es tomada en consideración las características de los niños sino la conducta de los padres.
- c) Ambos son encontrados culpables de las causales de divorcio. En este caso, el/la juez puede aplicar la regla del artículo 340 y la solución puede ser la misma que en el caso 1: la niña de 10 años se quedará a cargo de la madre y el niño de 8 a cargo del padre.

En el caso 3, de acuerdo con el Código del Niño y del Adolescente, este es un caso de separación de hecho, de manera que es aplicable la regla del artículo 92. Los/las jueces/zas deben analizar con cuál de los padres los niños han vivido por más tiempo. Sin embargo, en el caso propuesto, la familia ha vivido junta de manera permanente, entonces

este criterio no es aplicable. El siguiente criterio tiene que ver con la edad de los niños, pero ambos son mayores de dos años. Según esto, el/la juez no tiene una regla que aplicar ni está establecida ninguna preferencia. El/la juez podrá ir entonces a los instrumentos internacionales a ver si le ayudan a resolver el caso.

En este marco internacional, el/la juez encontrará que la Convención sobre los Derechos del Niño recoge la doctrina del interés superior del niño o niña (Art. 3) como la consideración primordial en todas las acciones concernientes a los niños, el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular (Art. 9.3) y el concepto de que ambos padres tienen la reponsabilidad primaria por el crecimiento y desarrollo de los niños (Art. 18.1). Consecuentemente, el/la juez puede decidir dar la custodia física o tenencia de los niños a unos de los padres, manteniendo a ambos en el ejercicio de la patria potestad, como responsables de todas las decisiones concernientes a los niños. Este podría ser la mejor vía para introducir el estándar de la co-custodia que viene siendo el dominante en otros sistemas legales. Sin embargo, en este marco internacional, el/la juez tampoco encontrará reglas especiales para decidir cuál de los padres cuenta con mayores habilidades para quedarse a cargo de los niños. También podría aplicar el principio “del/la dador/a de cuidados básicos” y entregar la tenencia a aquel de los padres que asumió las labores de crianza durante el matrimonio.

En el caso 4, el artículo 92 del Código del Niño y del Adolescente permite que el/la juez aplique la regla en favor de la madre porque ella vivió más tiempo con los niños. Sin embargo, no se han analizado otros temas importantes como quién está en mejores condiciones de brindarle apoyo financiero o emocional a los niños. Este artículo, de alguna manera hace recordar el criterio del/la “dador de cuidados básicos”, sin embargo está lejos de presentar el complejo contenido de esta presunción.

De acuerdo con las reglas de la ley peruana en materia de familia, el resultado de un conflicto de este tipo en caso de divorcio o separación dependerá de:

- \* la conducta de los padres
- \* el sexo de los niños
- \* la edad de los niños
- \* el tiempo que vivieron juntos los/as niños/as con uno de los padres

De esta manera, en condiciones similares (rompimiento de la unidad familiar) las soluciones podrían ser bastante diferentes y hasta opuestas como ha sido demostrado con los ejemplos propuestos. En el caso 1 y 2.c los niños serán separados sobre la base de la edad y el sexo; en el caso 2.a y 2.b la patria potestad será decidida en base a la conducta de los padres sin consideración a los intereses de los niños. En el caso 3, todas las posibilidades están abiertas, no reglas, no preferencias, no presunciones, el/la juez puede decidir cualquier solución acorde al “interés superior del niño o niña” o puede preferir aplicar la regla tradicional sobre la preferencia en base al sexo y edad de los niños. En el caso 4, la madre será preferida por ser la persona quien tuvo a su cargo el cuidado de los niños.

Puede decirse entonces que el derecho de familia peruano está pasando del principio de “años tiernos” o “preferencia materna” hacia el del “interés superior del niño o niña” aunque también ha reconocido, aunque de una manera bastante estrecha, la preferencia por “el/la dador/a de cuidados básicos”. Sin embargo, esto no significa que los/las jueces/zas tengan mejores posibilidades para establecer estándares más claros. Por el contrario, hay menos posibilidades para predecir una solución y mucha confusión entre padres y madres cuando ellos se presentan ante la corte.

Por otro lado, creemos que debe establecerse una distinción entre la conducta de los cónyuges que podría dar lugar al divorcio y la descalificación que esta conducta supone para continuar en el ejercicio de la patria potestad. En nuestra opinión la relación conyugal debe ser evaluada de manera independiente del desempeño como padre o madre, si bien es cierto algunas de estas conductas tendrán una fuerte influencia en la decisión que se tome, las causales de divorcio no deberían aplicarse de manera automática para perjudicar a uno de los padres en su pretensión de continuar al cuidado de sus hijos/as.<sup>[68]</sup>

Del análisis precedente se puede concluir que los criterios aplicables en la legislación peruana en relación a la

Comment [135]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [136]: <!--[endif]-->

patria potestad o tenencia de menores en situaciones de separación o divorcio parecen sobreponerse y hasta contradecirse, al punto de aplicarse reglas diferentes en situaciones similares. En los resultados, los principios de igualdad y no discriminación y del interés superior del niño o niña están todavía lejos de una cabal implementación.

Algunas criterios que podrían ayudar a dar mayor claridad en esta materia son:

- \* La unificación en un sólo código de la regulación del derecho de familia
- \* El criterio de culpabilidad en la separación o divorcio debería ser analizado de manera independiente de la idoneidad de la persona como padre o madre
- \* Sexo y edad de los/as menores no deberían ser la base de la decisión de entrega de la patria potestad
- \* El tiempo de convivencia es importante pero debe ser acompañado de otros elementos que demuestren la calidad de la relación
- \* Otros elementos que podrían ser tomados en cuenta son:
  - los deseos de los padres
  - los deseos del niño o niña
  - la interrelación entre el niño o niña y cada uno de los padres así como con sus hermanos/as y otros miembros de la familia
  - cuál de los padres ha asumido en la práctica la crianza del niño o niña
  - ajuste del niño o niña a su casa, escuela y comunidad
  - salud física y mental de todas las personas involucradas

## **Conclusión**

La discusión acerca del derecho de custodia nos ha permitido pensar en relación con el rol tanto de la mujer como del varón en la familia, y la transformación de la imagen del niño y la niña en las nuevas corrientes internacionales. Asimismo hemos analizado los principios del interés superior del niño o niña, así como el de igualdad y no discriminación en base al sexo como de especial importancia en relación con la evolución del derecho de custodia en el contexto internacional.

Al respecto, podemos decir que resulta necesario aceptar que al interior de las familias existen intereses diversos y algunas veces contrapuestos que deben ser tomados en consideración ya sea por los/as legisladores/as, los/as jueces, los/as mediadores o los mismos padres, al momento de tomarse una decisión que afectará la vida familiar.

En relación con la posición de la mujer, cada una de las doctrinas revisadas presentan ventajas y desventajas. Algunas de ellas ofrecen a las mujeres una mayor posibilidad de mantenerse en la custodia de sus hijos/as y responden de mejor manera a sus necesidades prácticas, como la doctrina de los "años tiernos" o "dador/a de cuidados básicos". Sin embargo estas doctrinas pueden no responder a sus necesidades estratégicas como son la de lograr un modelo igualitario para asumir las responsabilidades familiares, a éste respecto parecieran responder mejor otras doctrinas como la del "interés superior del niño o niña" o la de la "co-custodia".

En ese sentido, deberíamos preguntarnos si éste es el momento de "dar el salto" hacia teorías que respondan a un modelo de responsabilidades compartidas al que aspiramos. Creemos que no, aún las estadísticas y la realidad nos muestran que son las mujeres las que -en la gran mayoría de casos- asumen la crianza de los hijos e hijas. Por ello, tener en cuenta quién es la persona que en la práctica está a cargo de la crianza, es una regla que nos ayudará en la toma de decisiones de patria potestad o custodia. Esta es para nosotros la aplicación concreta del principio de igualdad y no discriminación. Si son varones los que han asumido esta tarea, será justo que también sean ellos quienes asuman las decisiones consiguientes en los demás ámbitos de la vida del niño o de la niña. Pero si no lo son, no pretendamos que lo vayan a asumir porque la ley, la sentencia o el acuerdo así lo establece.

Lograr el balance y tomar la correcta decisión en cada caso concreto es una tarea sumamente difícil y que no va ser tomada únicamente en las cortes. Decisiones al respecto también se toman en las oficinas de mediadores y abogados/as, y al interior de las familias involucradas. En todos estos espacios hay que tener en cuenta la complejidad de los intereses que hay envueltos y las relaciones de poder que subyacen en éstos. Clarificar estos diferentes niveles ha sido un objetivo en el que esperamos este artículo haya contribuido. Creemos firmemente que en la medida que se respete el principio de igualdad y no discriminación, se protegerá también el interés superior del niño o de la niña.

\*La autora agradece los comentarios recibidos de Alda Facio y Joan Williams que espero haber logrado incorporar en beneficio de la versión final de este artículo.

[1] En el derecho anglosajón no existe la figura jurídica de la "patria potestad". La "custodia" hace referencia tanto a la custodia legal (toma de decisiones acerca de los/as hijos/as) como física (residencia del/la niño/a con uno de los padres). Sin embargo, el derecho de custodia no es exactamente equivalente al concepto de patria potestad de la tradición romana por lo que he preferido mantener este término en el desarrollo del presente artículo, ya que las referencias se harán principalmente a la evolución de este concepto en el marco del derecho internacional.

[2] Si bien es cierto que el desarrollo de esta jurisprudencia ha sido importante para la elaboración de estos conceptos, resulta curioso que los Estados Unidos sea uno de los dos países, junto con Somalia, que no han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño.

[3] Doctrina de los "tender years" o "maternal preference".

[4] Doctrina de la "joint custody".

[5] Doctrina de la "primary caretaker presumption" o "primary caregiver".

[6] La patria potestad es concebida actualmente como un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres para cuidar la persona y los bienes de sus hijos/as menores. Estos deberes-derechos están referidos principalmente a: guarda o tenencia, educación, asistencia, representación legal, y administración y usufructo de sus bienes. Ver Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Familia, Tomo II. 9na ed. Perrot, Bs. As., 1993.

[7] La tenencia o guarda es equivalente a la custodia física de los/as hijos/as. Es decir, el derecho de los padres de tener consigo a sus hijos/as, cuidarlos/as y vigilarlos/as. Ver Idem.

[8] Las Recomendaciones Generales hechas por el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) si bien no son obligatorias formalmente para los Estados, son consideradas como interpretaciones particularmente persuasivas. Ver Byrnes, Andrew. Human Rights Instruments relating specifically to women, with particular emphasis on the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against women, págs. 39-57, en Byrnes, Andrew et al. Advancing The Human Rights of Women: Using International Human Rights Standards in Domestic Legislation. Commonwealth Secretariat, London, 1997.

[9] Ver Cohen, Cynthia Price. The developing jurisprudence of the rights of the child. St. Thomas Law Review. Volumen 6, Otoño 1993, pág. 19.

[10] Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959. Enfoque añadido.

[11] Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 [en adelante CM]. Enfoque añadido.

[12] Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 [en adelante CDN]. Enfoque añadido.

[13] "Art. II: The child shall enjoy especial protection and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration". Draft Convention on the Rights of the Child, en Price, Cynthia. International Law and the Rights of the Child. Supplements Documents. 1988.

[14] Ver Alston, Philip. The Best Interest Principle: Toward a Reconciliation of Culture and Human Rights, en The Best Interest of the Child, págs. 1-25.

Comment [137]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [138]: <!--[endif]-->

Comment [139]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [140]: <!--[endif]-->

Comment [141]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [142]: <!--[endif]-->

Comment [143]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [144]: <!--[endif]-->

Comment [145]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [146]: <!--[endif]-->

Comment [147]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [148]: <!--[endif]-->

Comment [149]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [150]: <!--[endif]-->

Comment [151]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [152]: <!--[endif]-->

Comment [153]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [154]: <!--[endif]-->

Comment [155]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [156]: <!--[endif]-->

Comment [157]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [158]: <!--[endif]-->

Comment [159]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [160]: <!--[endif]-->

Comment [161]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [162]: <!--[endif]-->

Comment [163]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [164]: <!--[endif]-->

Comment [165]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [166]: <!--[endif]-->

[15] CDN, op. cit. Enfasis añadido.

[16] Para los efectos del presente artículo, la expresión utilizada en la versión en español "sin distinción alguna" lo interpretaremos como "sin discriminación alguna" como aparece en la versión en inglés de esta convención: "Article 2. 1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction **without discrimination of any kind**, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status."

Respecto de la traducción al español de la Convención, un comentario adicional es que en la versión en inglés se procuró utilizar un lenguaje género neutral refiriéndose al "child" (que puede ser hombre o mujer) y utilizando términos como "his or her" cuando resultaba necesario (Art. 8). En la versión en español de la Convención, no se tuvo el mismo cuidado y en la traducción se utilizó el término "el niño" para referir a los varones y a las mujeres por igual.

[17] Así ha sido entendido por UNICEF en una reciente publicación para la implementación de la CDN. Ver Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. 1998, capítulo 2.

[18] Comentario General 18. No discriminación. (37º período de sesiones, 1989).

[19] Idem.

[20] Idem.

[21] Ver Price Cohen, Cynthia. The United Nations Convention on the Rights of the Child: A feminist landmark. 3 Wm. & Mary J. Women & L. 34 (1997).

[22] CM, Art. 1.

[23] CEDAW. Recomendación General Nº 21. (13º período de sesiones, 1994).

[24] Idem.

[25] Para una explicación de cada uno de los componentes del fenómeno jurídico, ver Facio, Alda. Cuando el Género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal). 2a. ed. ILANUD, San José, C.R., 1996, págs. 70-85.

[26] Nos estamos refiriendo al desempeño en la relación padre/madre – hijo/a y no en los roles conyugales, pues creemos que estos roles deben ser distinguidos claramente y no aplicar la pérdida de la custodia como sanción automática al cónyuge encontrado responsable de la separación o divorcio.

[27] Ver Olsen, Francis. The Politics of family Law, en Minow, Martha. Family Matters: Readings on Family Lives and the Law. 1993, págs. 336-343

[28] Idem. Traducción de la autora.

[29] Idem. Traducción de la autora.

[30] Czaplanskiy, Karen. Child Support and Visitation: Rethinking the Connections, en Minow, op. cit., págs. 348-353. Traducción de la autora.

[31] Olsen, op. cit.

[32] Illinois Marriage and Dissolution Act, citado en Jarret v. Jarret, 449 U.S. 927 (1980).

[33] District of Columbia Code - Annotated. 1981 Edition. (DC Code). Vol. 5. Michie. Charlottesville, Virginia. Replacement 1997. Enfasis añadido.

[34] Verhellen, Eugene. Convention on the Rights of the Child. Background motivation, strategies, main themes. Leuven/apeldoorn. Grant. Belgium, 1994, págs. 9-22.

[35] CDN, op. cit., Art. 12.

[36] Uniform Probate Act, 5-206, citado en Areen, Judith. Family Law. Cases and Materials. 3a. ed. The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1992, pág. 560.

[37] Burchard v. Garay, 724 P.2d. 486 (1986), citado en Bartlet, Katharine y Harris, Angela. Gender and Law. Theory, Doctrine, Commentary. 2a. ed. Aspen Law & Business, 1998, pág. 436 y sgts.

[38] El término co-custodia o "joint custody" se refiere tanto a la "joint legal custody" (ambos padres comparten la toma de las decisiones importantes que afecten la vida de sus hijos/as) así como a la "joint physical custody" (tiempo que

Comment [167]: <!--[if

Comment [168]: <!--[endif]-->

Comment [169]: <!--[if

Comment [170]: <!--[endif]-->

Comment [171]: <!--[if

Comment [172]: <!--[endif]-->

Comment [173]: <!--[if

Comment [174]: <!--[endif]-->

Comment [175]: <!--[if

Comment [176]: <!--[endif]-->

Comment [177]: <!--[if

Comment [178]: <!--[endif]-->

Comment [179]: <!--[if

Comment [180]: <!--[endif]-->

Comment [181]: <!--[if

Comment [182]: <!--[endif]-->

Comment [183]: <!--[if

Comment [184]: <!--[endif]-->

Comment [185]: <!--[if

Comment [186]: <!--[endif]-->

Comment [187]: <!--[if

Comment [188]: <!--[endif]-->

Comment [189]: <!--[if

Comment [190]: <!--[endif]-->

Comment [191]: <!--[if

Comment [192]: <!--[endif]-->

Comment [193]: <!--[if

Comment [194]: <!--[endif]-->

Comment [195]: <!--[if

Comment [196]: <!--[endif]-->

Comment [197]: <!--[if

Comment [198]: <!--[endif]-->

Comment [199]: <!--[if

Comment [200]: <!--[endif]-->

Comment [201]: <!--[if

Comment [202]: <!--[endif]-->

Comment [203]: <!--[if

Comment [204]: <!--[endif]-->

Comment [205]: <!--[if

Comment [206]: <!--[endif]-->

Comment [207]: <!--[if

Comment [208]: <!--[endif]-->

Comment [209]: <!--[if

Comment [210]: <!--[endif]-->

Comment [211]: <!--[if

Comment [212]: <!--[endif]-->

Comment [213]: <!--[if

Comment [214]: <!--[endif]-->

los/as niños/as pasan con cada uno de sus padres. Ver The American Bar Association. Family Law. USA, 1996.

[39] Steinman, Susan. Joint Custody: What we know, what we have yet to learn, and the judicial and legislative implications. 16 U.C. Davis L. Rev 739 (1983).

[40] CDN, op. cit., Art. 9.3.

[41] El principal argumento que es esgrimido por los sostenedores de esta doctrina es que es en el interés superior del/la niño/a, proteger y promover una cercana relación con ambos padres y que la co-custodia es la mejor manera de que el/la niño/a no "pierda" a ninguno de sus padres como consecuencia del divorcio. Es necesario tener presente que el desarrollo de la doctrina de co-custodia en los Estados Unidos guarda relación con la reforma en materia de divorcio hacia un sistema de divorcio sin falta.

[42] DC Code, 16-911 – (5), op. cit.

[43] Olsen, op. cit.

[44] Ver Polikoff, Nancy. Why are mothers losing? 7 Women's Rts. L. Rep. 235 (1982); Weitzman, Lenore & Dixon, Ruth. Child Custody Awards; Legal Standards and Empirical Patterns for Child Custody, Support and Visitation after Divorce, 12 U.C. Davis L. Rev. 473 (1979).

[45] Weitzman, Lenore. The Divorce Revolution: The Unexpected Economic Consequences for Women and Children in America. 1985; Baker, Barbara. Family Equity at Issue: A Study of the Economical Consequences of Divorce on Women and Children. 1987.

[46] Ver Fineman, Martha. Dominant discourse, professional language, and legal change in child custody decision making. 101 Harvard L. Rev. 739 (1988).

[47] Una agresiva política ha sido implementada por algunos estados en los Estados Unidos. Algunas de las sanciones que pueden ser aplicadas son: suspensión, revocación o negación de la licencia de negocios o la de manejo. Las legislaciones correspondientes son citadas en: National Conference on State Legislatures, 1995 State Legislative Summary: Children, Youth & Family Issues. 1995, citado por Bartlet, op. cit., págs. 428-429.

[48] Fineman, op. cit., pág. 759. Traducción de la autora.

[49] Ver Mello, Marygold. Toward a restructuring of Custody Decision-making at Divorce: An Alternative approach to the Best Interest of the Child, en Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-first Century. John Eekelaar and Peter Sarcevic, eds. The International Society of Family Law. London, 1993.

[50] Fineman, op. cit. Traducción de la autora.

[51] Idem.

[52] Reporte citado en UNICEF. Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. 1998.

[53] En los Estados Unidos, el 90% de las madres divorciadas permanecen a cargo del cuidado de los/as niños/as. Ver Carbone, June. Redefining Family as Community, 31 Hous. L. Rev. 359, 385 nota 135 (1994); Child Support Enforcement Amendments of 1984 (42 U.S.C. 651). Igualmente en Latinoamérica, en la mayoría de casos la madre es quien asume la custodia o patria potestad de los menores. En el caso del Perú, el porcentaje es de un 88.1% de los casos; en Colombia, es de un 83.9%. Ver Cabello, Carmen Julia. Matrimonio y Divorcio, en La Familia en el Derecho Peruano. Fondo editorial de la Universidad Católica del Perú. Lima, 1992; CIJUS-PNUD. Mujer y Divorcio. Santa Fe de Bogota, 1995.

[54] Ver Fustenburg, Frank F. & Cherlin, Andrew J. Divided families. What Happens to Children when Parents Part. 1991, citado por Melli, op. cit.

[55] Ziff, Bruce. The Primary Caretaker Presumption; Canadian Perspectives on an American Development. 4 Int'l. J. of Law and the Fam. 186, 200 (1990), citado por Melli, op. cit.

[56] Crippen. Stumbling beyond Best interest of the Child: Re-examining Child Custody Standard-Setting in the Wake of Minnesota's Four Year experiment with the primary caretaker preference, 15 Minn. L. Rev. 427 (1990), citado por Melli, op. cit.

[57] Melli, op. cit., pág. 333.

[58] Fineman, op. cit., pág. 773.

[59] Al respecto es importante tener en cuenta como el mercado de trabajo exige una participación plena que supone que la persona que participa en él tiene a alguien que resuelve sus responsabilidades domésticas o familiares. La

Comment [215]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [216]: <!--[endif]-->

Comment [217]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [218]: <!--[endif]-->

Comment [219]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [220]: <!--[endif]-->

Comment [221]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [222]: <!--[endif]-->

Comment [223]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [224]: <!--[endif]-->

Comment [225]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [226]: <!--[endif]-->

Comment [227]: <!--[if ]-->

Comment [228]: <!--[endif]-->

Comment [229]: <!--[if ]-->

Comment [230]: <!--[endif]-->

Comment [231]: <!--[if ]-->

Comment [232]: <!--[endif]-->

Comment [233]: <!--[if ]-->

Comment [234]: <!--[endif]-->

Comment [235]: <!--[if ]-->

Comment [236]: <!--[endif]-->

Comment [237]: <!--[if ]-->

Comment [238]: <!--[endif]-->

Comment [239]: <!--[if ]-->

Comment [240]: <!--[endif]-->

Comment [241]: <!--[if ]-->

Comment [242]: <!--[endif]-->

Comment [243]: <!--[if ]-->

Comment [244]: <!--[endif]-->

Comment [245]: <!--[if ]-->

Comment [246]: <!--[endif]-->

Comment [247]: <!--[if ]-->

Comment [248]: <!--[endif]-->

Comment [249]: <!--[if ]-->

Comment [250]: <!--[endif]-->

Comment [251]: <!--[if ]-->

Comment [252]: <!--[endif]-->

Comment [253]: <!--[if ]-->

Comment [254]: <!--[endif]-->

Comment [255]: <!--[if ]-->

Comment [256]: <!--[endif]-->

complementariedad del modelo de familia con el del mercado es una discusión de primer orden en esta materia. Ver Williams, Joan. *Unbending Gender: Market Work + Family Work in the 21th Century*. Oxford University Press, de proxima publicación

[60] Fineman, op. cit., pág. 773.

[61] Czaplanskiy, op. cit., pág. 350.

[62] Idem.

[63] Ver Scott, Elizabeth S. *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, 80 Cal. L. Rev. 615, 617 (1992).

[64] Como ejemplo de ello, véase el caso de Patricia Ann S. v. James Daniel S. 436 S.E. 2d 6 (W. Va. 1993).

[65] Fernandez Sessarego. Perú: Toward equality in marriage, 32 U. Louisville J. Fam. L. 395 (1994). Traducción de la autora.

[66] Las causales por las que puede obtenerse el divorcio son: adulterio, violencia física y psicológica, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave, abandono injustificado del hogar, conducta deshonrosa, uso habitual e injustificado de drogas u otros toxicómanos, enfermedad venerea contraída despues del matrimonio, homosexualidad sobreviniente, condena por delito doloso posterior al matrimonio. Código Civil de Perú, Art. 333.

[67] Código de los Niños y Adolescentes de Perú, Art. 92.

- Comment [257]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [258]: <!--[endif]-->
- Comment [259]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [260]: <!--[endif]-->
- Comment [261]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [262]: <!--[endif]-->
- Comment [263]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [264]: <!--[endif]-->
- Comment [265]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [266]: <!--[endif]-->
- Comment [267]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [268]: <!--[endif]-->
- Comment [269]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [270]: <!--[endif]-->
- Comment [271]: <!--[if !supportFootnotes]-->
- Comment [272]: <!--[endif]-->

[68] Según el estudio realizado por Cabello, en la práctica tanto en las acciones por mutuo disenso como en las acciones por causal, la madre conserva normalmente a los menores bajo su custodia, incluso en aquellas en la que es declarada culpable del divorcio, op. cit., pág. 535.

Comment [273]: <!--[if !supportFootnotes]-->

Comment [274]: <!--[endif]-->