

dando apoyo a las entidades gubernamentales encargadas de dilucidar la identidad de individuos llevados a juicio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

<p>1. Sharp, P.A., Sudgen, B. and Sambrook, J. 1973. <i>Biochemistry</i> 12, 3055-3062.</p>	<p>2. Southern, E.M., 1975. <i>J. Mol. Biol.</i> 98, 503-517.</p> <p>3. Rigby, P.W.J., Dieckmann, M., Rhodes, C. and Berg, P., 1977. <i>J. Mol. Biol.</i> 113, 237-251.</p> <p>4. Botstein, D., White, R.L. Skolnick, M. and Davis, R.W., 1980. <i>Am. J. Hum. Genet.</i> 32, 314-331.</p>	<p>5. Jeffreys, A., Wilson, V. and Lay Thein, S., 1985. <i>Nature</i> 314, 67-73.</p> <p>6. Weber, J. and May, P., 1989. <i>Am J. Hum. Genet.</i> 44, 388-396.</p> <p>7. Jeffreys, A., Wilson, V., Newmann, R. and Keyte, J., 1988. <i>Nucleic Acids Research</i> 16, 10953-10971.</p>
---	--	--

CRITERIOS PSIQUIÁTRICO-FORENSES ACERCA DE LA GUARDACRIANZA

DR. JULIO ARBOLEDA-FLÓREZ*

<p>REFERENCE: ARBOLEDA-FLÓREZ, J., <i>Forensic psychiatry criteria on custody of children</i>, <i>Medicina Legal de Costa Rica</i>, 1991, vol. 8, Nº 1, pp. 6-8.</p> <p>ABSTRACT: In divorce or separation suits, the judge often asks the psychiatrist who is the fit parent for custody of the children. This means to define if the parent has mental, emotional and physical competence to be in charge of the children.</p> <p>When parents are "normal", it is convenient to follow the principle of "the best interest for the child", established by the judge Cardozo in 1924. In a such case the expert should take into account:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Both parents have equal rights. b) Type of prejudicial behaviors to the child. c) The wishes of the parents and the child. d) The parent who obtains the custody must guarantee the social and emotional welfare of the child. <p>As "special group of parent it is mentioned mental retards, mental patients, homosexuals and transsexuals. In a such cases psychiatrist must consider:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Emotional liaisons between the child and one of his parents. b) Fitness of one of the parents to provide love and education to the child, and also care, food and clothing. c) Stability of the environment where the child is going to live. d) Behavior of the child at home, in the school and in the neighborhood. e) Reasonable preference of the child toward one of his parents. <p>KEYWORDS: Custody of children, forensic, psychiatry, divorce.</p>	<p>REFERENCIA: ARBOLEDA-FLÓREZ, J., <i>Criterios Psiquiátrico-Forenses acerca de la guardacrianza</i>, <i>Medicina Legal de Costa Rica</i>, 1991, vol. 8, Nº 1, pp. 6-8.</p> <p>RESUMEN: En juicios de divorcio o separación, el tribunal suele preguntar al psiquiatra a cuál de los padres se puede confiar la guardacrianza de los hijos. Esto implica definir si la pareja tiene la capacidad mental, emocional o física para encargarse de sus hijos o si el Estado debe tomar medidas de adopción.</p> <p>Con padres "normales" conviene seguir el principio de "cuál es el mejor interés del niño", enunciado por el juez Cardozo en 1924. Para ello el perito debe tener en cuenta:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Ambos padres tienen igual derecho. b) Tipos de conducta claramente perjudiciales para el niño. c) Los deseos de los padres y del menor. d) El padre que tiene la custodia debe garantizar el bienestar social y emocional del niño. <p>Como grupos "especiales" de padres se citan los retardados mentales, los enfermos mentales, los homosexuales y los transexuales. En este caso el psiquiatra debe considerar, además, aspectos como:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Lazos emocionales entre el niño y uno de los padres. b) Habilidad y disposición de una de las partes para proveer cariño y educación al niño, así como cuidado, alimentación y vestido. c) Estabilidad del ambiente donde el niño va a vivir. d) Desempeño del niño en el hogar, la escuela, y el vecindario. e) Preferencia razonable del niño por uno de sus padres. <p>PALABRAS CLAVES: Custodia de menores, psiquiatría forense, divorcio.</p>
---	---

TEMAS GENERALES.

Los problemas que presenta la custodia de los menores de edad hacen parte de la mirada de problemas incluidos en las regulaciones de la Ley Civil (es decir aquella que regula las transacciones entre individuos) y más específicamente de las leyes que regulan la vida familiar o doméstica. Con frecuencia se le pide al psiquiatra o psicólogo forense

que haga una peritación acerca de a cuál de los dos padres debiera la Corte otorgar la guardacrianza en casos de divorcio o separación.

Antes de pasar revista de los aspectos psiquiátrico-legales específicos de los problemas de la guardacrianza es necesario recordar que a menudo éstos se correlacionan con preguntas acerca de la capacidad mental y emocional de repro-

ducirse. Esta capacidad tiene dos posibilidades si se le ve desde un punto de vista negativo o positivo.

Desde el punto de vista negativo las posibilidades dependen de si un individuo en particular, o una pareja, tiene el derecho de reproducirse, o si ese derecho se debe retirar debido a que la pareja sufre de ciertas incapacidades que puedan afectar al embrión o que no per-

* Julio Arboleda-Flórez, MD. Professor and Director, Division of Forensic Psychiatry, University of Calgary. Director, Dept. of Psychiatry, Calgary General Hospital. Fax: (403) 269-9201. JD Arboleda @ UNCAMULT.

mitan a la pareja proveer adecuadamente una vez que el niño nazca. En esta categoría se encontrarían los retardados mentales, los padres tarados, los padres con grado de sanguinidad muy estrecho, etc. La pregunta desde el punto de vista negativo es: "se debe prevenir que una persona o pareja se reproduzca"?

Desde el punto de vista positivo el problema es relativamente nuevo, y se relaciona con la posibilidad de que una pareja estéril pueda reproducirse por medio de las modernas tecnologías de reproducción disponibles. En este sentido la pregunta debe ser: ¿"hay alguna razón por la cual no se debe ayudar a una persona o pareja a reproducirse"? El problema es de que, si el grupo social puede establecer algún control sobre el aspecto positivo de la pregunta (por ejemplo negando el acceso a la tecnología a ciertos grupos de individuos), tal no es el caso en el aspecto negativo.

Como es obvio, es más difícil ayudar a alguien a que se reproduzca cuando esa persona no tiene la capacidad natural (debido a malformaciones, esterilidad, enfermedades, etc.) que prevenir la reproducción cuando la persona tiene todo el potencial físico para hacerlo. En la primera instancia habría que habilitar al individuo lo cual requiere personal especializado, desarrollo tecnológico y medios económicos. En la segunda instancia la naturaleza toma su curso sin necesidad de ayudas especiales, a no ser que el Estado se encargue de tomar medidas y decida retirarle al individuo la capacidad física mediante procesos de esterilización. Es posible que para el momento en que esto suceda ya el individuo haya podido reproducirse y la única forma de evitar el resultado es mediante el aborto, lo cual conlleva múltiples problemas sociales, legales, éticos y religiosos. El problema de la guardacrianza se presenta una vez que el producto de la concepción vea la luz, pues a tal momento hay que preguntarse si la pareja tiene la capacidad mental, emocional o física para encargarse del niño o de si el Estado debe tomar medidas de adopción.

Sommerville (1) cataloga como "desviados" a un grupo de personas sobre las cuales el Estado o el grupo social tendría preocupaciones en relación con su capacidad de reproducirse. La "desviación" en este caso sería desde el punto de vista sociológico, es decir una desviación de la norma, no desde el punto de vista criminológico.

TEMAS ESPECÍFICOS.

Desafortunadamente, el concepto del padre "desviado" es fácil de comprender cuando la tara, el problema intelectual o el problema mental es claro o está presente mucho antes de la concepción. De otra parte, cuando la "desviación" se produce más tarde o cuando es más sutil, o cuando los padres son "normales" el experto, generalmente psiquiatra o psicólogo, se encuentra en una posición en la cual las decisiones se deben basar únicamente en signos "blandos" (neurosis, daños de la personalidad, problemas de la relación entre los padres, etc.).

Para complicar este escenario, generalmente se espera que el experto decida no solamente cuál de los dos padres es más responsable o tiene menos problemas emocionales, sino también a cuál de los dos se le debe creer más, pues con frecuencia los dos vienen con historias contradictorias.

El principio básico a seguir en los problemas de la custodia y más especialmente en situaciones cuando los padres son generalmente "normales" es el concepto enunciado por el juez Cardozo en 1924: ¿"cuál es el mejor interés del niño"? En relación con este principio el perito debe tener en cuenta que:

- a) ambos padres tienen igual derecho, es decir el concepto antiguo de que la madre, por el hecho de ser la madre, tenía un derecho especial a la guardacrianza ya no es aceptado en muchas jurisdicciones.
- b) algunos tipos de conducta son tan claramente perjudiciales para el bienestar emocional o social del niño que su simple presencia descalificaría al que los presentare.
- c) al hacer una recomendación sobre la guardacrianza se deben tomar en consideración tanto los deseos de los padres como los del menor.
- d) el bienestar social y emocional del niño es el deber del padre que tiene la custodia. Al otro padre le corresponde solamente el pago del soporte para el mantenimiento y otros gastos del niño.

El concepto del "mejor interés del niño" presupone que el derecho de los padres con el niño no es absoluto, y que el niño también tiene derechos como persona jurídica, especialmente el derecho a

que se le proteja en su integridad emocional o física incluyendo la protección contra el abuso de sus propios padres (2). Tales derechos también incluyen las medidas que los padres, el guardián, etc., deben tomar para proveer al niño de las necesidades básicas de la existencia. Aquellas personas que teniendo esta obligación no la cumplieran perderían el derecho a la custodia del niño. Finalmente, el Estado puede invocar la doctrina de *parens patriae* e intervenir dentro de los asuntos de la familia con el objeto de proteger a un menor a quien se sospecha de haber sido objeto de abuso o de falta de protección.

Con frecuencia, estas alegaciones son difíciles de comprobar. Sin embargo, el nivel de la prueba legal en estos casos es mucho menos exigente que el requerido para probar intención y dolo. En Canadá, por ejemplo, el nivel de la prueba de intención y dolo debe ser "más allá de cualquier duda razonable", mientras que el nivel de prueba de abuso al menor se establece con una "evidencia clara y convincente". Esto significa que al menos alguna evidencia objetiva es disponible, ya sea prueba física de abuso (raspaduras, hematomas, fracturas o desnutrición) o que haya testigos imparciales del abuso o de la falta de protección.

GRUPOS ESPECIALES.

Padres retardados mentales. El interés del Estado para prevenir que las personas retardadas mentales se reproduzcan es casi universal y muchos países tienen o han tenido en el pasado leyes especiales de esterilización mandatorias para este grupo. Cuando no hay una ley general, los padres de una persona retardada mental, especialmente si se trata de una hembra, generalmente tienen recurso en las cortes para hacer una petición de esterilización. Más y más, las cortes ven estas peticiones como atentos al control de la vida de otra persona en sus aspectos más íntimos y vitales y que presentan problemas éticos en relación con la autonomía personal. Cuando el niño ya ha visto la luz, el problema es de decidir si el padre o madre retardado mental puede hacerse cargo de la custodia y mantenimiento del menor y con frecuencia el Estado permite retirar al menor o compartir la custodia con un organismo estatal.

Padres enfermos mentales. El problema de una definición homogénea de salud mental y los avances terapéuticos de las últimas décadas han hecho la prohibición de la reproducción o la negación de la custodia a un padre o madre enfermo mental, uno de los aspectos más difíciles de la ley de las relaciones domésticas. A no ser que la enfermedad mental sea crónica, o que el problema de la personalidad sea claramente establecido, o de que haya evidencia de un problema mayor de adicción o alcoholismo, el experto se encuentra dentro de un terreno de probabilidades donde la prueba de los efectos dañinos del problema del padre afectado tiene que sopesarse con la necesidad emocional del niño y el hecho de que el padre o madre natural tienen preeminencia sobre cualquier otro arreglo. El problema en este respecto es de que el padre afectado puede ser sofamente por un período específico (durante una recaída, por ejemplo) y el resto del tiempo sea bien capaz de desempeñar sus responsabilidades paternales o maternas. Negar la custodia o el acceso en estos casos iría contra preceptos de justicia natural.

Padres homosexuales, lesbianas y transexuales. Las personas en este grupo con frecuencia sufren limitaciones en sus derechos de custodia o de acceso no por falta de una capacidad básica sino por dictados de la moralidad del grupo social. En este sentido el papel del psiquiatra o del psicólogo es de establecer claramente que el problema existe, medir en la mejor forma posible el efecto sobre el menor y dejar que la corte tome una decisión al respecto. Hay una gran cantidad de casos en los países anglosajones en los cuales el factor determinativo no fue la homosexualidad sino la presencia de una atmósfera que proteja "los mejores intereses del niño".

LA EVALUACIÓN.

Del material anterior se puede deducir que una evaluación psiquiátrica de un problema doméstico acerca de la custodia o del acceso para visitar tiene que hacerse con un entendimiento claro que la recomendación a la corte va a afectar a varias personas en sus derechos, en sus esperanzas y en sus sentimientos. Con frecuencia hay varios estamentos interesados en la evaluación: el Estado, los dos padres, los familiares de cada lado (especialmente en casos de divor-

cio) y sobre todo los intereses del menor cuya vida futura depende de la decisión de la corte y en gran medida de la recomendación del experto. La evaluación debe hacerse en la forma más completa posible y debe incluir ambas partes ya sea individualmente o en conjunto y al menor cuyas opiniones se deben tomar también en cuenta. Es aconsejable por lo tanto que este tipo de evaluaciones se hagan al pedido de la corte como *Amicus curiae* y no al pedido de una de las partes. El actuar como un experto neutral se justifica desde el punto de vista de que el efecto de la evaluación no es para el beneficio de una de las partes sino para el beneficio del mejor interés del menor. Este tipo de evaluación le permite al psiquiatra o psicólogo más latitud y acceso a materiales que de otra manera les serían negados.

Una vez que el perito haya puesto de antemano los puntos acerca del "mejor interés del niño" y de que sepa de qué clase de padres se trata, su tarea es de sopesar algunos factores que inciden sobre el bienestar social y emocional del niño. De acuerdo con la Ley de la Guardacrianza del Niño del Estado de Michigan (1970) los siguientes son algunos de los factores que se deben tomar en consideración al momento de la evaluación:

- a) el amor, el cariño y otros lazos emocionales existentes entre uno de los padres que compiten por la guardacrianza y el niño,
- b) la habilidad y la disposición de una de las partes para proveer al niño de amor, cariño, dirección moral y continuación de la educación académica y religiosa (en caso de que haya también litigio religioso) a la cual el niño está acostumbrado,
- c) la habilidad y la disposición de una de las partes para darle al niño una nutrición adecuada, vestirlo, mantenerlo en buena salud y proveerlo de otras necesidades materiales,
- d) el período en el cual el niño ha vivido dentro de un ambiente estable y satisfactorio y el deseo de permitir al niño que continúe beneficiándose de tal ambiente,
- e) que el hogar a donde el niño va a residir dé muestras de permanencia y estabilidad,
- f) la fibra moral de las partes en conflicto,
- g) el desempeño del niño en el hogar, la escuela y el vecindario,
- h) la salud mental y física de las partes litigantes,
- i) la preferencia del niño de vivir con uno de los padres en conflicto, siempre y cuando esta preferencia sea razonable y si la corte considera que el niño tiene la capacidad de expresar tal preferencia,
- j) cualquier otro factor que la corte considere de importancia dentro del contexto del litigio a transigir.

Se debe remarcar también que, antes de empezar la evaluación, el experto tiene la obligación de informarles a todas las partes que su papel es de actuar como un agente de la corte y que, por lo tanto, no hay condiciones acerca de la confidencia o secreto del material. Como agente de la corte el experto está obligado a presentar todos los materiales (información de otros profesionales, fichas médicas u hospitalarias, exámenes de cualquier clase, resultados de la evaluación clínica, etc.) utilizados para llegar a una conclusión y recomendación en el informe final.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. SOMMERVILLE: (1982), *Birth Technology, Parenting and "Deviance"*. International Journal of Law and Psychiatry, vol. 5, Nº 2, 123.
2. CRÉPEAU: (1974), *Le Consentement du Mineur en Matière de Soins et Traitements Médicaux ou Chirurgicaux selon le Droit Civil canadien*. 52 Rev. du Barreau de Can. 247.