



La Custodia Compartida en Colombia

Soraya Marcela Rangel Guerra

Universidad Santo Tomás

Notas de autor

Soraya Marcela Rangel Guerra, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás

La correspondencia de esta tesis deberá ser enviada a Soraya Marcela Rangel Guerra

Universidad Santo Tomás, Carrera 82 número 77C-49

Contacto: soraya.rangel@ustamed.edu.co

DEDICATORIA

Dedico *La Custodia Compartida en Colombia* a JESÚS, por dar real propósito a mi vida, la esperanza que necesitaba para creer y aportar a la construcción de un mundo mejor; también a mis padres quienes protagonizaron un desenlace familiar que me dio las herramientas para escribir con toda la autoridad vivida éste inspirador trabajo de grado.

A mis hermanas, con las que me unen muchas luchas y victorias, y a mi hermano Santiago David, quien me mostro el mejor ejemplo de amor y nobleza.

A Josué, por creer en mis sueños como los suyos, por permanecer persistente a mi lado, a Dios gracias porque tú eres la respuesta a muchas de mis oraciones.

Dedicado a todas las familias colombianas y del mundo, para que sean inspiradas a gestar un mejor futuro para sus hijos.

AGRADECIMIENTOS

Agradecida con JEHOVÁ por concederme la fuerza y la visión para consolidar éste trabajo de grado, también a mis familiares y amigos que me apoyaron incondicionalmente, y a todas las personas que hicieron posible *La Custodia Compartida en Colombia*.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN: LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	6
1.1 Justificación.....	8
1.2 Objetivos.....	11
1.3 Metodología.....	12
 2. LA CUSTODIA COMPARTIDA DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA	
JURÍDICO COLOMBIANO.....	13
2.1 Clases de custodia compartida:.....	14
2.2 Fundamentos constitucionales y legales:.....	15
2.2.1 La familia como núcleo fundamental de la sociedad.....	15
2.2.2 Código Civil (artículo 253)	17
2.2.3 Convención sobre los Derechos del Niño. (Ley 12 de 1991):.....	17
2.2.4 Declaración Universal de los Derechos Humanos	18
2.3 Jurisprudencia.....	19
2.3.1 Corte Suprema de Justicia	20
2.3.2 Corte Constitucional	22
2.4 Propuesta de proyecto de ley no. 249 de 2008 Senado de la República de Colombia...24	
 3. POSIBILIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	28
3.1 Efectos de la Custodia Compartida sin acuerdo:	30
 4. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	34

4.1 Fundamentos Normativos de Orden Internacional	39
4.2 Principios de Declaración de los Derechos del Niño	40
5. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	41
5.1 Custodia compartida en Puerto Rico	42
5.2 Custodia compartida en España.....	44
5.2.1 Titularidad de la patria potestad en España	47
5.2.2 Procedimiento para otorgar la custodia compartida en España	54
5.2.3 Circunstancias en que NO procederá la custodia compartida.....	55
5.3 Contraste entre el sistema jurídico de Puerto Rico y el Español	56
6. OTROS SISTEMAS JURÍDICOS DEL DERECHO COMPARADO	57
6.1 Bélgica.....	57
6.2 Francia	58
6.3 Inglaterra y Gales.....	59
7. ANÁLISIS DE PERICIAS PSIQUIÁTRICAS Y PSICOLÓGICAS EN LA CUSTODIA.....	60
7.1 Pautas para la entrevista y evaluación psiquiátrica o psicológica	63
7.2 Tests psicométricos u otros exámenes.....	64
7.3 Análisis y conclusión forenses en pericias psiquiátricas y psicológicas forenses sobre patria potestad (potestad parental) y custodia:	64
7.4 Conclusiones.....	66

7.5 Normativa	67
8.FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN	
COLOMBIA	68
8.1 Antecedentes.....	68
8.2 Patria potestad (o potestad parental):	68
8.3 El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006),	68
8.4 Custodia y cuidado personal (artículo 253 del Cod. Civil)	69
8.5 custodia y cuidado personal (Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006)..	69
8.6 Diferencias entre custodia y patria potestad	69
9. LA PSICOLÓGIA Y LA CUSTODIA COMPARTIDA	71
10. PROPUESTA AL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO SOBRE LA	
CUSTODIA COMPARTIDA	75
CONCLUSIONES.....	86
Bibliografía.....	88
RESUMEN.....	93

INTRODUCCIÓN: LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA

El cuidado de los hijos es tarea fundamental e indispensable de ambos padres garantes del desarrollo íntegro del menor, el cual implica en el ámbito del Derecho tener una custodia compartida. Dicha tarea está respaldada por el derecho natural y amparado por diferentes normas jurídicas, las cuales respetan y reconocen la existencia del vínculo emocional y afectivo inalienable entre padres e hijos.

Los vínculos paternos y maternos filiales son indispensables durante el proceso de crecimiento del menor que necesita apoyo, cuidado, supervisión y acompañamiento constante en favor de la estabilidad emocional, intelectual y social. En Colombia el asunto de la custodia está regulado en la Constitución Política en los artículos: 42, 44 y Código Civil artículo 253. Además, en el Código de Infancia y Adolescencia ley 1098 de 2006 en su artículo 23 el cual contempla:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales (Ley 1098, 2006).

Cito también, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989):

Los Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, 1989, p.8).

Adicionalmente, la ley 640 de 2001 artículo 40 numeral establece la conciliación como requisito de procedibilidad en las controversias sobre la custodia y el régimen de visitas de menores e incapaces, con el propósito de favorecer a la familia y evitar los conflictos judiciales.

El tema de cuidado, atenciones y deberes que los padres tienen hacia los hijos se hace tenso y complejo ante la separación o divorcio, de manera que es indispensable preguntarse: ¿será que, después de un divorcio o separación en donde se le concede a uno de los padres la custodia, se estará afectando o no el derecho a la igualdad que tienen los padres de tener una estrecha relación con su hijo y el derecho del menor a tener vínculos afectivos estrechos con ambos padres?

Por consiguiente, es importante tener conciencia de los cambios emocionales y psicológicos que enfrenta un menor tras el divorcio y lo relevante que es tanto para los menores como para los padres estar presente en el proceso de crecimiento de sus hijos, independiente de la decisión de los progenitores en cuanto a su relación de pareja.

La Constitución Política en su artículo 44 establece:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad

competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. **Los derechos los niños prevalecen sobre los derechos de los demás** (Constitución Política de Colombia, 1991).

Con relación al artículo citado, es claro que la Constitución siendo norma de normas, máximo conjunto normativo del sistema jurídico colombiano, señala expresamente la supremacía de los derechos de los niños sobre los demás, y el interés de que ellos sean respetados y acogidos por la sociedad colombiana; sin duda alguna los derechos de los adultos deben ceder al amparo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que por su situación de vulnerabilidad necesitan el amparo del Estado como garante y guarda máximo de la integridad de los menores; lo que deberá responder al siguiente cuestionamiento:

¿Cómo garantizaría la custodia compartida la supremacía de los derechos de los menores y el bienestar de sus dimensiones emocional y psicológica?

Antes de responder al cuestionamiento, desarrollaré pautas que despierten una visión crítica y nos permita interpretar desde la Constitución Política de Colombia como norma superior el artículo 44 en el que se señala expresamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Frente a esta premisa encaminaremos entonces un análisis para determinar qué es lo más conveniente y benéfico para los menores en lo psicológico, social y familiar, respetando de esta norma la primacía de sus derechos en todos sus ámbitos.

1.1 Justificación

María José Catalán en su obra: *“La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre Psicología y Derecho”*, señala que la custodia compartida se debe entender como la custodia conjunta que tienen ambos padres sobre los hijos manteniendo la responsabilidad legal y el cuidado y control del niño. Por lo tanto “el rasgo distintivo de la custodia conjunta es que, ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación

con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta” (Catalán et al., 2008, p.5).

Por otro lado, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano sistemas jurídicos como el de España y Puerto Rico consagran que el cuidado, custodia de los hijos corresponden a los padres, convirtiéndose estos en las personas más idóneas para garantizar el desarrollo íntegro del menor.

Es relevante que un niño, niña o adolescente crezca en óptimas condiciones psíquicas, emocionales, mentales y físicas, por ende, es preponderante que los padres brinden conjunta e ininterrumpidamente un acompañamiento constante en pro de una salud emocional estable y armónica, lo cual le permitirá crecer con herramientas morales, emocionales e intelectuales para relacionarse adecuadamente con su entorno familiar, escolar y social.

Por lo anterior, considero que la carga afectiva generada de los padres hacia los hijos, ese vínculo intrínseco, espiritual y natural es fundamental e indispensable para formar hijos capaces de ser felices, y podrá ser garantizado a través de la custodia compartida.

El Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 23, consagra el derecho que tienen los menores de estar al cuidado de sus padres, así lo señala: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral” (Ley 1098, 2006).

Aunque, en Colombia no existe una ley que regule el tema de custodia compartida, hubo un intento legislativo en el Congreso, mediante la propuesta de Proyecto de Ley No. 249 de 2008 Senado “*Por medio de la Cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores*” (Santos, 2008, párr.1). Este proyecto buscaba garantizar los derechos fundamentales de los hijos menores y los padres al enfrentarse al divorcio o separación, es decir, por un lado está el derecho del niño de mantener vínculos estrechos con sus dos padres tras el divorcio, y por otro lado, el derecho de ambos padres en querer seguir estrechamente vinculados con el(la) menor y

ejercer sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones, pretendiendo preservar los lazos familiares naturales después de la separación.

Con relación a lo anterior, han nacido en Colombia organizaciones no gubernamentales apoyando el tema de custodia compartida una de ellas es la Asociación AIRE por la igualdad efectiva y real con el objetivo de luchar por “un trato igualitario para los padres y las madres en las rupturas matrimoniales y lograr que la custodia compartida de los hijos sea la opción más habitual” (Asociación Aire, 2018, párr.1).

Con base a lo anterior, resalto la relevancia en la conservación de los vínculos fraternos y el ambiente propicio para que de ambos padres lleguen a un acuerdo benéfico para su(s) hijo(s), así las cosas, Fernández (2018) establece:

Padre y madre usan el sentido común y dialogan sin resentimientos, son capaces de pactar, comparten su responsabilidad parental, ejercen una coparentalidad auténtica y disponen de similar tiempo suficiente para ellos. En ese mundo ideal los progenitores separados intentan mantener las relaciones familiares y sociales de sus hijos, comparten el mismo estilo educativo la misma ó parecida disciplina, desarrollan en lo posible sus habilidades parentales, fomentan el contacto con el otro progenitor (Fernández, 2018, p.1).

Conforme a lo dicho por Fernández, se identifica un factor fundamental para el ejercicio de la custodia compartida esto es la buena relación entre los padres, los cuales están dispuestos a dejar sus diferencias de lado y priorizar sobre el bienestar del menor, así el escenario adecuado es la custodia compartida, con el que se pretende mantener las relaciones familiares y sociales de los hijos.

El Código Civil colombiano, ley 84 de 1873 en su artículo 253 titulado *crianza y educación de los hijos* señala: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (ley 84, 1873). Es claro el Código Civil cuando

señala que los padres son responsables de la crianza de sus hijos, los progenitores deben proporcionar un ambiente de sana convivencia, armonía, estabilidad y seguridad.

La crianza de los hijos no debe verse reducida a la mera contribución económica, está mucho más allá de un simple desembolso de dinero (papá o mamá banco), los niños, niñas y adolescentes como los hace llamar el código de infancia y adolescencia requieren de dedicación, amor, atención y calidad de tiempo con ambos padres, eso es ser buen custodio, con ello los menores se sentirán importantes y escuchados acerca de lo que piensan, es lo suficientemente relevante para un desarrollo emocional y social exitoso.

Adicionalmente, Áxel Germán Navas, abogado especializado en Derecho de Familia, precisa que: “de manera amplia, el cuidado o custodia de los hijos es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de los hijos” (Ávila, 2009, párr.5).

1.2 Objetivos

- **Objetivo general:** Establecer las condiciones posibles para el reconocimiento y regulación de la custodia compartida en Colombia a partir de las consideraciones de orden constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial.
- **Objetivos específicos:**
 - a) Determinar las ventajas y desventajas de la custodia compartida, teniendo en cuenta que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.
 - b) Dar a conocer a la luz del derecho comparado esencialmente en España y Puerto Rico la regulación normativa y social de la custodia compartida, tomándolo como enfoque jurídico para el eventual análisis en Colombia.
 - c) Plantear los argumentos constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales que posibiliten la legalización de la figura de custodia compartida en Colombia.

1.3 Metodología

En este trabajo investigativo se empleará el método de análisis y síntesis, de modo que el tema de custodia compartida se enfocará desde un punto de vista jurídico, familiar y social, ejes que son fundamentales a la hora de determinar el bienestar íntegro del menor y garantizar la igualdad de derechos de los padres.

Estudiar y comprender los cambios sociales o las tendencias jurídicas que se presentan en un mundo moderno y globalizado es un reto para el derecho y para la sociedad, pues como lo señaló Aristóteles el ser humano es un ser social por naturaleza. Es inevitable su rol, compromiso y relación directa o indirecta con los actuales problemas y fenómenos, los cuáles son estudiados y regulados por el derecho. Por eso el tema de custodia compartida no se estudiará de manera aislada a las consecuencias sociales y psicológicas.

Colombia como Estado social de derecho, garantiza el derecho a la igualdad, en su artículo 13:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Constitución Política, s.f, párr.1).

Así las cosas, durante el trabajo investigativo, se realizará un recuento de la situación jurídica actual en Colombia respecto al tema de custodia, señalando los mecanismos y recursos jurídicos

que se emplean al momento determinar el derecho de custodia de los hijos. Posteriormente, se estudiará la tendencia actual de custodia compartida, y los fundamentos por la cuales se debe implementar en Colombia, y se abrirá el panorama al análisis desde el punto de vista de Derecho Comparado, también las distintas teorías que fundamentaran la aplicación de una nueva figura jurídica acogida ya por algunos países, que se utilizaran como referentes en la presente investigación.

2. LA CUSTODIA COMPARTIDA DESDE LA PERSPECTIVA DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Antes de profundizar en el tema de custodia compartida, es necesario contextualizarla en la realidad jurídica del ordenamiento colombiano, en el entendido que se contempla la custodia como el derecho que tienen los hijos a que sus padres de forma permanente y solidaria asuman directamente y oportunamente su cuidado, así se ha establecido en el Código de Infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006 art. 23): “CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL: Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral “.

Por la anterior, anoto que de acuerdo al Código de Infancia y Adolescencia en principio el ejercicio de la custodia es tarea de ambos padres cuando estos viven juntos, sin embargo cuando se presenta ruptura matrimonial o separación la ley determinará a quien de los padres corresponderá el ejercicio de la misma, ya sea mediante acuerdo conciliatorio regulado por la ley 640 de 2001 artículo 31, la cual contempla que la conciliación podrá ser adelantada en “centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público ante las autoridades judiciales y

administrativas en asuntos de familia y ante los notarios(Ley 640, 2001) o a falta de los anteriores autoridades, se podrá acudir ante el personero municipal, y si no llegare a un acuerdo, se recurrirá ante el juez de familia quien decidirá finalmente.

En definitiva el régimen de custodia que está regulado actualmente en Colombia es el mono-parental o custodia exclusiva. Solo hasta septiembre 2018 la Corte Suprema de Justicia en sentencia **STC-120852018 (25000221300020180018801)** y Corte Constitucional en STC **T-384 del 20 de septiembre de 2018** reconocen la figura de la custodia compartida.

Ahora bien, la custodia compartida es un sistema de alternancia o distribución de tiempos y lugares en donde los menores comparten con ambos padres quienes ejercen el cuidado y atención de los hijos(as), puesto el padre y la madre están dispuestos a tener una relación de respeto y colaboración dejando de lado la crisis del divorcio o separación para garantizar al menor una efectiva comunicación y la distribución de forma equitativa de los gastos de los hijos. Por tanto, para que se implemente tendrá que tenerse presente los siguientes escenarios: el horario laboral de ambos padres, y la distancia geográfica entre sus domicilios (Cabrera, Satizabal y Vargas, 2016, P.60).

2.1. Clases de custodia compartida

Custodia compartida en sentido estricto: el autor lo señala como la alternancia horaria, diaria o semanal, los progenitores realizan unilateralmente cada una de las tareas diarias como llevarlos a colegio, a actividades extraescolares, a recreación, y otras (Cabrera, et al., 2016, P.60).

Custodia compartida en sentido amplio: es aquella en que los periodos para el ejercicio de la custodia son más o menos amplios, esto es por alternancia por cada quince días, un meses, trimestres, semestres o anual, aquí el padre o madre, que para ese momento tenga el cuidado del menor deberá cumplir sus obligaciones como educación, cuidado, alimentación, recreación, y

salud, entre otros, además de tomar de manera unilateral las decisiones ordinarias y aquellas que durante dicho periodo este a cargo (Cabrera, et al., 2018, P.62).

Custodia compartida en sentido amplísimo (régimen de visitas):

Este concepto englobaría tanto el concepto estricto como el amplio, pero además incluiría la atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores con un régimen de visitas por períodos amplios. Como entendemos que derecho de visita no es lo mismo que guarda y custodia, no creemos que la institución forme aparte de la custodia compartida (Cabrera, 2018, p.64).

2.2 Fundamentos constitucionales, legales e instrumentos internacionales: Debe advertirse que se traen a recuento las normas internacionales, pues, son parte del bloque de constitucionalidad, obligatorios para Colombia.

2.2.1 La familia como núcleo fundamental de la sociedad

La Constitución Política de 1991 en su artículo 42 considera que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, en el segundo apartado señala que el Estado y la sociedad garantiza la protección integral de la familia, al igual que consigna derechos y deberes para todos los hijos sin importar si fueron procreados fuera o dentro del matrimonio. Más adelante la Carta en su artículo 44 determina que, “los niños tienen derecho a tener una familia y a no ser separada de ella”.

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia prescribe lo siguiente:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección

integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes... (Constitución Política, 1991).

Con relación a lo anterior, se puede destacar que el espíritu de la norma es la protección de la familia como institución máxima de la sociedad, teniendo como ideal la integridad, y la unión de sus miembros, ya que señala la importancia de la relación y armonía familiar para el óptimo desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Puesto que es necesario para la formación del menor crecer con ambos padres en familia. Es notable señalar que el deber ser de la norma o el ideal normativo es que el menor crezca con ambos padres, siendo ellos los principales para ofrecer soporte, cuidado y amor.

No obstante, existen situaciones en donde los padres y los hijos se enfrentan a la fragmentación de la familia producto de la separación o divorcio, en estos eventos las normas y la costumbre social establecen que se debe proteger la estabilidad y la armonía del menor, comprobando que tras la ruptura de un matrimonio los menores suelen verse afectados en su integridad emocional.

Asimismo, vemos la importancia de la unidad familiar, con una connotación mucha más amplia a la vida en pareja junto con los hijos; ya que se extendería a aquellas familias que aquejan quebrantamientos matrimoniales, en estos casos los padres tienen que ser lo suficientemente responsables para brindar ese sostén, protección y amor a los hijos sin importar sus diferencias personales, clausurar los conflictos de pareja que dañaron la relación marital, por cuanto es en esos momentos de dificultad cuando el menor necesita mayor apoyo moral de sus progenitores, con el fin de minimizar el impacto negativo o si es posible librarlos de traumas que afecten su desarrollo emocional. Esto implica que de manera ininterrumpida (excepto los casos que la ley determine

convenientes) exista un contacto, comunicación frecuente, ambos con el derecho de anidar vínculos emocionales que contribuyan al crecimiento espiritual, emocional, e intelectual del(los) hijo(s).

Así las cosas el **artículo 44 Constitución Política prescribe (Supremacía de los derechos de los menores):**

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, **tener una familia y no ser separados de ella**, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Constitución Política de Colombia, 1991).

2.2.2. Código Civil artículo 253: “toca de consuno a los padres, o al padre o a la madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (Código Civil, 2019,p.36).Aquí la impotancia del Codigo Civil al señalar taxativamente, la obligación de los padres en el cuidado, y educación de sus hijos.

2.2.3 Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991):

Artículo 9 N°3: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1991, P.5).

Artículo 18 N° 1:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1991, p.8).

2.2.4 Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Preámbulo: ...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad... (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 2018, párr.5).

Artículo 7 de DUDH: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 2018, párr.15).

En vista que la Convención tiene como objetivo la protección del interés superior del niño, los Estados partes deberán poner el máximo de sus esfuerzos para garantizar el derecho que tienen los

hijos a que se cumpla con el principio en que ambos progenitores tienen el deber de encargarse de la crianza de sus hijos.

También, la Declaración Universal de Derechos Humanos, respalda el derecho a la igualdad y la libertad de todo ser humano, en pro de la defensa de la dignidad del hombre, para que no sea discriminado, por tanto la Comunidad Internacional, tiene el compromiso de luchar por la defensa de los derechos humanos.

2.3 Jurisprudencia:

En Colombia no hay ley expresa que regule la custodia compartida, sin embargo, en septiembre de 2018 las altas cortes le dan un reconocimiento a la custodia compartida en sus pronunciamientos, siendo pues que la Corte Suprema de Justicia en sentencia **STC-120852018 (25000221300020180018801)** de **septiembre 18 de 2018** con magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; estableció que en virtud del interés superior del menor consagrado en la Constitución(Art. 44 C.P), la ley y en concordancia con las disposiciones establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006 art.14) sobre la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad estableciendo la responsabilidad compartida y solidaria de ambos padres para asegurar a los hijos el máximo de satisfacción de sus derechos, más adelante se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia **T-384 del 20 de septiembre de 2018** con los magistrados(as): Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en el que se expone que después del reconocimiento de la custodia compartida por la Corte Suprema de Justicia del 18 de septiembre de 2018 estableció la Corte Constitucional que la no existencia de reglamentación integral de la custodia compartida era una deuda legal del legislador.

Continúa diciendo, la Corte que las normas constitucionales como los artículos 5, 42, 44 y 93 de la Constitución Política, y las legales como el artículo 253 del Código Civil y artículos 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Corte Constitucional, 2018, p.7), son herramientas viables para decir que, los padres podrían acordar una custodia compartida en tanto que está en su deber encargarse de la crianza de sus hijos, por tanto:

Deberían convertirse en la regla general, se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos (Corte Constitucional, T-384, 2018, p.7).

Por último, se debe advertir que, al ser sentencia de Tutela, tiene efectos inter partes lamentablemente. De ahí la importancia de una regulación legal, que signifique seguridad jurídica.

2.3.1 Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia en sentencia **STC-120852018 (25000221300020180018801)**, del 18 de septiembre de 2018, estableció en virtud del interés superior del menor consagrado en la Constitución (Art. 44 C.P), la ley y en concordancia con las disposiciones establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006 art.14) sobre la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad estableciendo la responsabilidad compartida y solidaria de ambos padres para asegurar que los menores puedan conseguir la mayor satisfacción de sus derecho, así establecido en el art.14 del Código de Infancia y Adolescencia:

La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la **responsabilidad compartida y solidaria** del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos (Ley 1098, 2006).

Por lo anterior, ha establecido la sala civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia **STC120852018 (25000221300020180018801)** de septiembre 18 de 2018, que en aras de interés superior del menor deberá concederse la **custodia compartida** siempre y cuando tal situación no suponga riesgos emocionales o físicos para el menor. Además determinó la Corte Suprema que los menores tienen el derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria se responsabilicen directamente la custodia para su desarrollo integro, así precisa la corte:

La corporación afirmó que si bien la custodia compartida de los menores surge en la mayoría de casos a partir de la separación de los padres, la cual en algunas ocasiones va aparejada de la inexistencia de domicilios comunes, debe privilegiarse el vínculo familiar, el apoyo y el amor necesario para su crecimiento, así como la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos ascendientes. Así, en aras del interés superior se puede optar por un sistema alterno para con los menores, en relación al tiempo y los lugares de residencia con cada uno de los progenitores, en tanto el padre como la madre cuenten con las capacidades físicas y psicológicas para establecer una relación directa con ellos y garantizar las prerrogativas y necesidades del infante. (Lea: Modificaciones a la conciliación sobre visitas y alimentos deben realizarse por

la misma vía). Para la Sala Civil, la ausencia de un hogar conjunto entre los padres o la cesación del mismo, no elimina la posibilidad de que sus descendientes cuenten con estables vínculos afectivos con los mismos, en tanto tal situación no suponga riesgos emocionales o físicos, evento en el cual la custodia debe ser compartida. Ante la trascendencia de esta temática y luego de destacar algunas posturas de otros países, la providencia finalmente concluyó que la ausencia de una regulación expresa sobre la materia no es impedimento para que en Colombia se admita el régimen de custodia compartida, dado que es connatural a la progenitura responsable que los padres concurren a una satisfacción de las necesidades del menor, incluso afectivas, con el fin de dar prevalencias a sus derechos(Corte Suprema de Justicia, 2018,pp.15-20)

De conformidad con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, cabe resaltar en su pronunciamiento, la importancia de la subsistencia de vínculos maternos y paternos con los hijos, aun después de la separación o divorcio, lo cual no debería ser un impedimento para que estos sigan conservándose, siempre que tal situación no genere riesgos para los hijos. Por tanto, la Corte destacó que la falta de regulación expresa de la custodia compartida no es un obstáculo para que se acoja en Colombia, y así buscar que los menores continúen disfrutando del vínculo familiar, recibimiento el amor necesario, cuidado y crianza por ambos padres.

2.3.2 Corte Constitucional:

La Corte Constitucional en sentencia **T-384 del 20 de septiembre de 2018**, estableció que después del reconocimiento de la custodia compartida por la Corte Suprema de Justicia del 18 de septiembre de 2018, que la no existencia de regulación integral de la custodia compartida era una deuda legal del legislador, sin embargo asegura la Corte Constitucional que las normas constitucionales permiten aseverar que la determinación de la custodia compartida debe ser la regla

general en este tipo de procesos, puesto constituye la forma de garantizar el bienestar general del menor, por tanto será el operador judicial para el caso concreto, según las pruebas y el concepto de los menores quien tendrá la potestad de aplicar el régimen de custodia más benéfico, por lo que, en el tema de custodia compartida deben tenerse presente los siguientes pilares fundamentales:

1) El principio de corresponsabilidad parental: señala la Corte Constitucional que es la responsabilidad de ambos padres sobre las decisiones transcendentales de sus hijos como la crianza, cuidado y educación,

2) El principio de igualdad parental: “se refiere a la igualdad real entre ambos padres, el cual permita afianzar la progenitura responsable constitucionalmente establecida” (Corte Constitucional, 2018, p.1).

3) El derecho a la coparentalidad: es otorgar las más altas garantías para lograr el máximo de satisfacción del interés superior del menor, esto es su derecho a tener una familia donde concurren activamente los dos progenitores, así señala la Corte las siguientes garantías:

- a) escuchar y tener en cuenta la opinión de los menores: según su edad y nivel de madurez, en tanto son sujetos de derechos, b) La edad de los hijos comunes, ya que durante los primeros años de vida el modelo compartido no siempre puede ser el más garantista de sus derechos, c) El ejercicio de la custodia compartida debe aparejar una continuidad: una estabilidad en los cuidados personales y un bienestar relacional e integral para los menores, d) la interacción e interrelación del menor con sus figuras paternas, con el fin de que puedan crecer en un círculo de afecto y seguridad, e) el lugar donde estará el menor: residencia alternada en el domicilio cercano de los padres (proximidad geográfica), f) El tiempo en que los hijos estarán con cada progenitor: para que los periodos sean equilibrados y equitativos. Recomienda la Corte que no sea por días porque no favorece la adaptación del menor puesto genera confusión en las rutinas diarias. , lo adecuado es que sea por semanas o periodos mensuales,

g) El ajuste del niño, niña y adolescente al hogar familiar, la escuela y la comunidad: al tener residencias alternadas, podrá contar con hábitos que de consuno establezcan los padres, como patrones de orientación y crianza comunes, o cuando menos semejantes, h) La salud física y mental de los progenitores: en casos extremos de falta de idoneidad física y mental de alguno de los padres previa certificación medica no resultará conveniente otorgar la custodia y el cuidado compartido de los menores. i) La convivencia con el menor trae implícito que el progenitor que se encuentra bajo su cargo deba asumir los gastos económicos: brindar vivienda, alimentación y recreación durante los días que aquel permanezca en su residencia (Corte Constitucional, T- 384, 2018, p.3).

Así pues, la sala resalto que el modelo de *residencia alterna* en el domicilio de los padres es el más acogido desde la experiencia internacional, por tanto señaló la Corte que el tiempo en que el menor pasara con cada uno de los padres deberá ser equitativo y equilibrado, en el que se recomienda que sea por semanas o periodos mensuales. (Corte Constitucional, 2018).

Para finalizar, la Corte señalo las siguientes dificultades para el ejercicio de la custodia compartida: a) la adaptación a la residencia alterna, b) hábitos, reglas y disciplina incoherentes, c) Pautas de crianza distintos entre ambos progenitores. Si las anteriores diferencias no se pueden subsanar por cuenta de los padres la sala recuerda que cuando se trata de custodia de menores no se hace tránsito a cosa juzgada material, sino formal, lo cual indica que en cualquier momento se puede acudir al juez de familia, para que examine las condiciones más benéficas para los hijos.

2.4 Propuesta de proyecto de ley no. 249 de 2008 Senado de la República de Colombia

En nuestras familias colombianas, hay gran controversia cuando se trata de definir con quien se quedaran los hijos tras un divorcio, existen dos posturas, una es la que tradicionalmente se ha implementado durante decenios, en el que las sociedades han abrazado la creencia que la separación

de padre e hijo tras el divorcio pueda resultar beneficiosa para el desarrollo de los menores, y la segunda que se contrapone a la anterior, establece que la separación o la pérdida de los vínculos de los padres frente a los hijos tras el divorcio dejan huellas irremediables de inseguridad, rechazo, miedos y baja autoestima.

Estudios han coincidido en que los niños que mantienen un contacto habitual con ambos progenitores después de un divorcio presentan mejor adaptación social, diferente a los niños criados en hogares mono-parentales muestran dificultad en su rendimiento académico, además de las negativas secuelas por la ausencia del padre durante la infancia y la adolescencia, así lo señala Ángel Valdés en *“Efectos del divorcio de los padres en el desempeño académico y la conducta de los hijos”*, estableció:

...Por un lado, hay autores que sostienen que el divorcio tiene invariablemente efectos negativos en el desarrollo de los hijos. Dentro de este grupo, se puede señalar a Wallerstein (1998), quien refiere que el divorcio ocasiona problemas emocionales que perduran incluso en la vida adulta; Sandford (2006), a su vez, afirma que los hijos de padres divorciados sufren una reducción en su bienestar psicológico, así como problemas emocionales y de conducta. Otro grupo de investigadores sostiene que el divorcio no ocasiona efectos negativos, o que cuando los produce desaparecen a mediano plazo (Valdés, Carlos, Murrieta, Ibarra, 2011, pp.298-299).

A continuación, desarrollaré la segunda postura con la que se identifica la fallida propuesta del proyecto **de ley no. 249 de 2008 senado** *“Por medio de la Cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores”*. Con el anterior proyecto, se pretendió resguardar la supremacía de los derechos de los menores, centro de cualquier régimen de custodia. Se hace mención a lo dispuesto por algunas legislaciones que plantea una visión progresista sobre el divorcio como la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 9 N° 3 se establece que: “Los Estados

Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (Convención sobre Derechos del Niño, 1989, p.1).

Por tanto, no pierda de vista que los menores demandan atención de ambos padres tras la separación de éstos y la permanencia de los vinculo familiares aun después de la ruptura matrimonial.

Según Guillermo Antonio Santos:

...Lo que está en juego en este debate y en sus consecuencias prácticas es una cuestión de derechos humanos de hondo calado: el derecho del niño a seguir manteniendo vínculos estrechos y asiduos con sus dos padres tras el divorcio, el derecho de ambos padres a seguir siéndolo tras el divorcio, el derecho, en definitiva, a preservar los lazos familiares naturales tras la ruptura del contrato matrimonial... (Santos, 2008, párr.16).

El autor continúa diciendo, que la legislación colombiana en temas de divorcio arroja que, el interés superior de los hijos es incongruente con el actual sistema de **custodia exclusiva** y que esta figura jurídica necesita cambios legales que habrán campo a nuevas formas de custodia.

De modo que, analizaré algunos factores que determinaran la dirección que debe llevar la nueva tendencia de custodia compartida, con lo que se pretende exponer los vacíos o críticas de la custodia exclusiva, y como la custodia compartida puede venir a suplirlos de manera exponencial en pro del bienestar del menor, así:

La estabilidad: ninguno de los críticos de la custodia compartida ha podido probar que para los menores sea lesivo vivir con ambos padres. En estos momentos el único argumento rebatible es la afectación a la estabilidad del menor, no obstante, para los precursores de la custodia compartida

no basta con que el menor tenga una estabilidad material y física, siendo pues mucho más relevante su seguridad, integridad, autoestima, amor y atención que recibe de ambos progenitores o padres.

El mutuo acuerdo: debe existir un mutuo acuerdo entre las partes para que el espíritu por la cual se creó resulte eficaz, pues su eficacia radicaría en el bienestar del menor. En efecto determinó el proyecto de ley: “Los padres deben presenten al juez un Plan de Custodia, como se establece en el proyecto de ley o "**plan de responsabilidad parental**", establecido por mutuo acuerdo...” (Cámara de representantes, 2008, p.8).

En resumen, La custodia compartida fomenta la cooperación entre los padres, al igual que en aspecto económico, por tanto, los planes de custodia genera igualdad de derechos y responsabilidades, dejando atrás los esquemas de parte perdedora y triunfadora.

3. POSIBILIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

¿Es posible una custodia compartida positiva y responsable?: Antes de intentar establecer las posibilidades del ejercicio de una custodia compartida y responsable me permito contextualizar el escenario de conflicto por las cuales tienen que atravesar las familias, lo dicho por la abogada Rocío Zafra Espinosa de los Monteros en su obra: “*Nadie pierde: La guarda y custodia compartida*” nos ayudara a comprender un poco:

Cuando una pareja comienza a tener problemas no solo lo sufren ellos en primera persona sino toda su familia. Sin embargo, existe un grupo de alto riesgo que sufre las consecuencias: los hijos menores que puedan existir. Los conflictos de pareja y de familia, son, a mi parecer, lo más complicados y difíciles de afrontar puesto que existe un sistema de creencias y aptitudes ante el conflicto como bagaje de las partes que puede resultar muy diferentes entre ellas; pero a la vez, se mezclan sentimientos, emociones, recuerdos con la otra parte del conflicto. Y lo que puede dificultar más, si cabe, la relación es el ánimo de venganza o sufrimiento que pueden sentirse hacia la otra parte del conflicto. Las causas más típicas de conflicto en la pareja son: la intimidad, la diferenciación; el poder y el control o la definición de la relación. A todo esto, hay que sumarle la falta de comunicación entre los integrantes de la pareja que provocará una falta de entendimiento que genera sentimientos de frustración e inseguridad que desemboca en un conflicto, a veces, irreparable” (Zafra, 2018, p.30).

Por lo anterior, se quiere mostrar que cuando unos padres deciden acudir a definir el tema de custodia de su o sus hijos(as) tiene como antecedente una ruptura generada por un conflicto que afecta a la familia en general, por lo que para que, la custodia compartida tenga el beneficio

esperado deberán los padres dejar sus diferencias y dar paso a ser los principales actores de bienestar para sus hijos en pro de velar por el interés superior de estos.

Por otro lado, “Soledad Muruaga López de Guereñu psicóloga y activista feminista por la Salud Integral de las mujeres, presidenta y cofundadora de la Asociación de Mujeres para la Salud en 1987, también cofundadora y directora del Espacio de Salud Entre Nosotras” (Muruaga, s.f, párr.1), de un centro pionero en España, señala:

Sólo una minoría está de acuerdo en ejercer la Custodia Compartida como la mejor opción para sus hijos e hijas y se **ponen de acuerdo para llevarla a cabo**. Sin embargo, existe otro grupo, en torno al 10%, que sólo uno de los miembros de la pareja, que suelen ser padres conflictivos y violentos, requieren judicialmente, vendiéndolo como lo mejor para sus hijas e hijos, que se obligue a la madre, a ejercer una custodia compartida no deseada, que conllevará todo tipo de problemas y consecuencias negativas para las mujeres y, fundamentalmente, para los hijos e hijas. En los casos minoritarios en que la pareja se puede poner de acuerdo para ejercer la custodia compartida, observamos que esta opción acordada tiene muchas ventajas para sus hijas e hijos” (Muruaga, s.f, párr.12).

La psicóloga Soledad Muruaga, identifica las siguientes características que debe tener una pareja de padres para compartir los cuidados de sus hijos, señala que muy pocos las cumplen, entre tanto aquí se evidencian a continuación: 1) que no exista antecedentes de maltrato durante la relación de pareja, 2) que el padre y madre deseen la custodia compartida de su hijo(s), 3) ambos progenitores han estado involucrados durante la relación en la crianza, y cuidado de sus hijos y han ejercido equitativamente los cuidados tanto físicos como afectivos, y siguen estando dispuestos porque tienen las habilidades para continuar haciéndolo por separado, 4) ambos gozan de recursos económicos que les permita costear cada una de la

necesidades cuando tengan al menor al cuidado, pero si existe desventaja económica entre uno y el otro, deberá procurarse por llegar a un acuerdo para una compensación con el fin que se proporcione al menor niveles de vida semejantes, 5) el padre y la madre, deben procurar tener sus viviendas acondicionadas, con esto se evitan alteraciones graves en los hijos referente a su rutina de colegio y amistades, 6) los padres deben compartir disciplinas y pautas de comportamientos similares, 7) ninguno de los padres debe inculcar al hijo odio o frustración proveniente de los problemas de pareja.

Así las cosas, para que la custodia compartida sea provechosa para los y las menores, es indispensable que ambos padres tengan unos mínimos de generosidad, y salud emocional, dispuestos a dar amor a sus hijos, además de una estabilidad económica que les permita suplir sus necesidades, más la disposición, habilidades para orientarlos y educarlos.

3.1 Efectos de la Custodia Compartida sin acuerdo:

Muruaga López, considera que en países como Estados Unidos en donde ya existe la figura de custodia compartida impuesta judicialmente, sin el consentimiento de las madres, ha traído como resultado la promulgación de violencia de género, contra las mujeres y contra sus propios hijos(as); de modo que cuando es impuesta judicialmente entre padres en conflicto afecta directamente la crianza de los hijos referente al acuerdo en las normas de la casa y las medidas educativas. La descalificación y mensaje contradictorios entre la pareja y educación antónima provocarían graves traumas y sufrimientos a niveles psicológicos, estos criterios contradictorios alimentan en los hijos(as) sentimientos de inseguridad y desconfianza.

La psicóloga en su obra *Relaciones de pareja desde una Perspectiva de Género*, expone:

Se ha comprobado que los niños y niñas expuestos/as a relaciones conflictivas o violentas entre su padre y su madre, suelen responder ante las dificultades con alto

grado de estrés y tienden a ser más agresivos con sus iguales. La depresión y baja autoestima que se genera en la mujer tras una separación conflictiva y con una custodia compartida obligada, le resta seguridad y asertividad para ejercer las tareas educativas de sus hijos e hijas.

La situación de conflicto permanente con su ex-pareja, lleva a que la madre esté en mayor riesgo de presentar síntomas de estrés postraumático y, por ello, tengan una peor calidad en las relaciones con el hijo o la hija. Datos clínicos y de investigaciones han señalado que existe mayor tendencia a que los padres y madres que viven situaciones conflictivas y agresivas tras su separación de pareja, utilicen más agresiones verbales y físicas hacia los hijos e hijas (especialmente hacia los varones), y muestren menos afectividad y menor aceptación hacia ellos/as (Muruaga, 2010, p.30).

Con relación a lo anterior, vemos como desde la psicología se hace un gran aporte a las relaciones familiares entre padres e hijos importantes para el desarrollo de los menores, puesto es relevante el papel que cumplen los progenitores en sus hogares ya que la dedicación, el buen trato que reciban los hijos de los padres de eso dependerá su salud emocional, y desarrollo íntegro.

Muruaga señala, consecuencia de la custodia compartida obligada en la salud del menor, generan las siguientes problemáticas: **a) Problemas de socialización**, suelen manifestar mucha soledad, alteraciones en su conducta tendiente a ser agresivos, **b) Manifestaciones depresivas**: llanto, tristeza, baja autoestima, **c) Miedos**: a perder la madre o el padre, **d) Alteraciones del sueño** como pesadillas, y a dormir solo(a), **e) Síntomas regresivos**: enuresis y encopresis, consiste en la emisión involuntaria de orina o heces en la ropa interior, además éste síndrome ocasiona que el menor no actúe acorde a su edad, sino como si fuera menor no siéndolo. **f) Problemas de**

integración en la escuela: dificultades en el aprendizaje tales como: la concentración y atención, dificulta interactuar con otros niños y g) **Respuestas emocionales y de comportamiento:** los menores comienzan a experimentar y a mostrar cambio de humor, inseguridad y ven al mundo como amenazante, no confían en las personas, llegan a sentirse culpables por los enfrentamientos entre sus padres, piensan que estaba en ellos haber actuado para evitarlo, también cambios en su carácter, con manifestaciones de ansiedad e ira.

Así mismo, entran en la etapa de negación, en donde se evidencia problemas para admitir la situación conflictiva, acostumbrándose al sufrimiento y a la agresión como si fueran cualidades naturales para relacionarse. Con ello, puede llegar a encubirse patrones nocivos de comportamiento, basados en modelos violentos provenientes de un aprendizaje en que los roles de género son erróneos. También, la exposición crónica del adolescente a conflictos parentales lo conducen a adicciones y a relaciones conflictivas, el estrés asociado con violencia parental puede incidir y generar comportamientos violentos dentro y fuera del hogar, y en algunas ocasiones terminar huyendo de éste, lo que indicaría que a mayor conflicto y clima hostil en las relaciones de los padres más tendencia habrá a que los hijos lo repitan, convirtiéndose en el reflejo del comportamiento de sus progenitores, reaccionando violentamente, con tendencia a creer que en los demás hay conductas hostiles a las que responderán agresivamente.

h) **estrés pos-traumático:** se caracteriza por experimentar trastorno del sueño, pesadillas recurrentes, fobias, ansiedad, Re-experimentación del trauma, además de afectar la realidad, la evade o escapa de ella, para que sus recuerdos no le hagan daño (trastornos disociativos).

I) **“Parentalización” de los niños y niñas:** hace referencia al rol protector que asume el hijo(a) hacia su madre o hermanos menores, tal condición crear pensamientos e intentos suicidas que puede conducir a la muerte.

Para concluir, Soledad Muruaga López de Guereñu presidenta y cofundadora de la Asociación de Mujeres para la Salud en 1987, establece: “...La violencia y las relaciones parentales conflictivas, afectan la visión que tiene el niño o la niña del mundo y de sí mismo/a, sus ideas acerca del significado y propósito de vida y sus expectativas de una felicidad futura” (Mujeres para la salud, 2018, párr.12).

Con relación a lo dicho por Muruaga López, es importante destacar la implementación de la custodia compartida de manera voluntaria, puesto imponer la custodia compartida obligada judicialmente, podría empeorar la situación de los hijos y de los padres, ya que en algunos casos, por conductas de violencia contra la mujer (madre del menor), se afectaría la salud física y emocional de los hijos, al igual que la del padre o madre agredido(a).

4. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Montse Fernández Garrido, abogada y profesora en máster de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona señala las ventajas y desventajas de la custodia compartida en su artículo “*La Custodia Compartida: Ventajas e inconvenientes*”. La autora empieza su artículo con la expresión “*El mundo ideal*” refiere a que la custodia compartida es la situación más adecuada para los hijos tras la separación de los padres, y continúa diciendo:

Padre y madre usan el sentido común y dialogan sin resentimientos, son capaces de pactar, comparten su responsabilidad parental, ejercen una coparentalidad auténtica y disponen de similar tiempo suficiente para ellos. En ese mundo ideal los progenitores separados intentan mantener las relaciones familiares y sociales de sus hijos, comparten el mismo estilo educativo, la misma ó parecida disciplina, desarrollan en lo posible sus habilidades parentales, fomentan el contacto con el otro progenitor. Se respetan delante y detrás de sus hijos, son igualitarios y no son hostiles entre ellos ... No ha habido episodios de maltrato hacia la pareja delante del menor (Fernández, s.f, párr.1).

Por otro lado, la legislación española ha planteado unos criterios determinantes referentes al otorgamiento de la custodia compartida, el Anteproyecto y el reciente Código Civil, en cuanto a los Jueces no podrán imponer la custodia compartida porque sería contraproducente para los menores, respecto al tema se introdujo la siguiente enmienda:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador ó cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Si no hay acuerdo, “Excepcionalmente...el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá

otorgar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Restringiendo el proyecto inicial que decía que a petición de una parte el juez podría concederla (Fernández, s.f, párr. 4).

A continuación se precisaran los criterios establecidos por la legislación española en sus pronunciamientos:

1. Idoneidad: La Sentencia de 16 de mayo 2006, sección 12ª, ponente Mª José Pérez Tormo:

No se considera adecuado atribuir la custodia de forma compartida cuando, como ocurre en el caso de autos, los progenitores no llegan a los mínimos acuerdos en la forma de tomar las decisiones respecto al hijo común, pues la comunicación entre ellos es inexistente(Fernández, s.f, párr. 24).

2. Cuando las pretensiones no buscan el interés del menor:

Hay apelantes que tienen intereses distintos al de preservar el interés superior del menor, pues tienen intereses diferentes al bienestar de sus hijos. La sentencia del 20 de Febrero de 2007, el criterio fundamental para otorgar la custodia compartida es la protección del menor de manera prevalente, dejando en segundo plano las pretensiones de sus progenitores diferentes a garantizar el ejercicio preponderante del cuidado, bienestar y estabilidad del menor.

En otra sentencia, Decía el Magistrado Pascual Xosé Ortuño Muñoz en la Sentencia *de 12 de enero de 2007*, la custodia compartida implica un grado de consenso, de colaboración y respeto entre los padres que en la práctica no podrá ser impuesta por los tribunales.

La Sentencia 549 de 28 de julio de 2009, Sección 12ª APB, Rollo 941/08, de la que fue Ponente D. Agustín Vigo Morancho, la custodia compartida siempre se debe fijar en beneficio del menor y debe otorgarse de forma restrictiva fundada en el bienestar y la buena conveniencia o interés de

los hijos (art. 82 CF, art.92, 2º y 4º CC) Con ello se trata de repartir en equilibrio la tarea de guarda y custodia de los menores. Para que esto suceda la guarda y custodia compartida deben cumplirse los siguientes cinco aspectos:

- a) La existencia de una relación amistosa entre los padres,
- b) Que los domicilios de ambos sean cercanos,
- c) La facilidad y la buena comunicación de los padres, determinantes para ver si realmente el menor sale beneficiado del sistema de guarda y custodia compartida,
- d) Debe atender a situaciones y antecedentes previos: con el fin determinar si existía cuidado compartido previo al cese de la convivencia.
- e) La custodia compartida debe fijarse con carácter restrictivo.

Así las cosas, el legislador Catalán y sus pretensiones de innovar: una legislación que se ha preocupado por la adecuación de sus normas a la realidad de sus miembros, en el cual se tiene en cuenta todos los grupos, en cuanto a los mayoritarios que exigen custodia compartida de forma genérica, por otro lado los mayoritarios de ideologías progresistas y conservadora consideran que en la custodia compartida debe tenerse en cuenta, el cónyuge más idóneo, él que se haya ocupado del cuidado del menor o menores hasta ese momento.

Anota, Fernández que la custodia compartida no responde a una necesidad social, esto es:

La posibilidad de la custodia compartida, que como se ha dicho y se sabe fehacientemente, no responde a una necesidad social, enmascara otras cuestiones, que son muy importantes y que pueden judicializar mucho la vida familiar, en el momento de la ruptura: nos referimos al uso de la vivienda conyugal, a la liquidación del bien inmueble y a las pensiones alimenticias para los hijos (Fernández, s.f, párr.60).

Los diversos especialistas en Derecho de Familia han contemplado que ésta modalidad se da en proporciones bajas, puesto solo el 10% como máximo, los padres que se divorcian o se separan

acuden a ésta modalidad, presentándose en sociedades avanzadas, de padres con mentalidad progresista, de esos el 1 al 3% de los hombres la solicitan, además reitera la jurisprudencia la necesidad de atender a la habilidad de los padres para el ejercicio de la custodia compartida, es importante tener en cuenta los antecedentes de los progenitores durante su relación para observar si durante ese tiempo ambos disfrutaban del cuidado de sus hijos, dividiéndose las tareas del hogar, además observar si los progenitores mantienen una buena relación y buena comunicación, en definitiva en la mayoría de las sentencias imperan los siguientes aspectos:

- a) la situación laboral y emocional de los progenitores, b) proporcionar idéntico nivel de confort emocional, c) adecuada formación física y psíquica, c) el respeto hacia el estilo educativo que aunque sean estilos diferentes, sean complementarios, d) la disponibilidad de dos viviendas no muy distantes entre sí y adecuadas, e) Unidad en el régimen de hábitos, horarios y organización con semejanzas, f) Edad de los menores y su situación escolar, de salud y de relación con amigos y familiares. Evitar un cambio en el entorno social, familiar y educativo del menor (Fernández, s.f, párr.63).

Conforme a lo descrito, se deduce que desde el punto de vista del derecho comparado como en el anteproyecto Catalán, es indispensable valorar los antecedentes de las relaciones de los padres en relación al cuidado de los menores, los deseos manifestados por los menores, libre de toda presión o manipulación ya sea porque alguno de los padres impone normas o ostenta de mayor posición o fluidez económica, puesto lo que pretende la legislación es garantizar realmente el bienestar del menor, libre de presiones y de conveniencias impuestas por sus progenitores.

Con relación a lo anterior, es importante identificar claramente cómo se está garantizando el bienestar del menor, en una sociedad en donde generalmente la madre es la que se dedica al cuidado

constante de su hijo, o en los casos en que las madres comparten su tiempo entre el trabajo y el cuidado de sus hijos, sin olvidar que muchas de ellas renuncian a su progreso profesional por dedicarse al trabajo doméstico mientras que sus maridos salen a trabajar, por tanto es un indicador que generalmente se ha presentado en las familias de todo el mundo, no obstante, existe casos en que ambos padres se ocupan de la asistencia de sus hijos tanto emocionalmente como económicamente. Según datos oficiales, en el Estado español:

... Trabajan asalariadamente el 44,5% de las mujeres y el 67,6% de los hombres. Es decir, hay un gran porcentaje de mujeres que se dedican en exclusiva al trabajo doméstico y al cuidado de la familia (hijos, marido, ancianos, enfermos y discapacitados). Y otro porcentaje que realizan doble tarea, trabajando fuera y dentro del hogar. Las mujeres cubren, según los datos oficiales, el 75% del tiempo dedicado a tareas domésticas mientras que los hombres dedican el 25%. Además de que el 75% de las tareas domésticas están realizadas por mujeres, el 80% de las personas con contrato a tiempo parcial son mujeres (por lo que el resto del tiempo se ocupan de hijos, marido, ancianos y enfermos) (Fernández, 2009, p.15).

Los anteriores estudios, dan muestra que las madres mayoritariamente se encargan del cuidado de sus hijos y de las actividades del hogar, otras dividen su tiempo entre el trabajo y el cuidado de sus hijos a diferencia de los hombres.

Fernández, menciona que según el libro: *“Pequeñas verdades, grandes mentiras”* publicado en Canadá, indica que lo adecuado es la aplicación de la custodia compartida y la individual según sea el caso, sin embargo, considera que es impropio otorgar la custodia compartida a petición de un solo padre.

4.1 Fundamentos normativos de Orden Internacional:

Los estamentos internacionales en materia de custodia están inspirados por el principio rector del **interés superior del menor**, la custodia compartida pretende que el hijo(a) continúe con una estrecha relación con ambos padres con posterioridad a una separación, en la medida que esto sea lo más beneficioso para el menor, adicionalmente se analizara si los padres durante su relación marital compartían mutuamente el cuidado del menor.

La anterior concepción ésta sustentada en los tratados y resoluciones de organizaciones Internacionales, tales como:

La Declaración de los Derechos del niño (20.11.1959), la Convención de las N.U. de los Derechos del Niño (20.11.1.989), la Resolución A 3-01722/1.992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de Derechos del Niño, o la Convención Europea de los Derechos del Niño (19.4.1.996), siendo normas clave los arts. 9.3 y 10.2 de la mencionada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Fernández, s.f, párr.1).

En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, en donde se consiguió un gran consenso internacional, acerca de los principios que fundamentan los derechos de los niños, uno de los principales, la felicidad, con ello se incentiva a los padres, y a todas las organizaciones del mundo a luchar para que se respeten los principios fundamentales del niño, con el propósito principal de que el niño tenga una infancia feliz.

Más tarde, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), considerado como el primer instrumento internacional que avala a los niños(as) como sujetos activos de sus propios derechos. Vale la pena

resaltar que la Convención sobre los Derechos del Niño tiene 54 artículos de aplicación obligatoria por los Estados, allí también señalan los deberes y responsabilidades de los padres, profesores y niños, entre otros.

4.2 Principios de Declaración de los Derechos del Niño:

La Declaración de Derechos del Niño de 1959 establece varios derechos que garantizan el bienestar de los menores como: a) el derecho a la igualdad, referente a que todos los niños sin ninguna distinción debe respetársele estos derechos, sin discriminación por raza, religión, concepción política, nacionalidad, nivel económico o cualquier otra condición; b) El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño: todos los niños(as) tienen derecho a disfrutar su infancia en condiciones saludables y normales con libertad y dignidad, por tanto las promulgaciones de las leyes siempre tendrán como piedra angular la supremacía de los derechos de los menores, c) derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento, d) El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados, significa que todo niño tiene derecho a tener servicios médicos, disfrutar de seguridad social, además tiene derecho a desarrollarse con buena salud, para ello debe proporcionársele a la madre atención prenatal y postnatal, también tiene derecho a gozar de una buena alimentación, diversión y vivienda, e) El derecho a una educación y a una atención especializada para aquellos niños que tienen discapacidad mental o física.

Además, los niños tienen derecho a la comprensión y el amor de los padres, lo cual ayudará en su desarrollo íntegro y saludable, en esta medida se puede decir que cuando los menores están carentes de afecto, denotan daños en su autoestima, su auto concepto, con altos grados de inseguridad y miedo. Además, la convención señala que siempre que sea posible los niños deben estar al cuidado de sus padres, pues son los más idóneos para dar amor y la seguridad que todo menor requiere, solo por circunstancias excepcionales se justifica la separación, pues lo más adecuado es que el niño no sea separado a corta edad de su madre.

A su vez, el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación, los niños se les garantizará en su integridad física y moral, serán protegidos de cualquier tipo de abuso, crueldad, explotación y trata de personas, también se prohibirá el trabajo infantil antes de una edad mínima adecuada, no se permitirá que sean sometidos a empleos que dañen o pongan en riesgo su salud, desarrollo físico o impida su educación en buenas condiciones físicas y mentales o morales. Finalmente, el derecho a ser criado con comprensión, y hermandad universal, esto, significa que el niño debe ser criado con tolerancia paz y fraternidad universal, de esta manera crecerá con pensamientos y aptitudes de servicio a otros.

5. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Antes de entrar a profundizar ampliamente en el concepto de custodia compartida, es necesario estudiar el manejo jurídico en diferentes legislaciones del mundo. Por otro lado, a manera de referente, actualmente en Chile se implemento un nuevo concepto que es la **tuición compartida o cuidado compartido**, el cual consiste en que ambos padres que esten separados o divorciados tienen el mismo derecho en la crianza, cuidado y educación de los menores (Divorcio facil, s.f,

párr 1). Los antecedentes de esta modalidad se dieron desde el 2013 con la *LEY AMOR DE PAPÁ*, que dio las mismas posibilidades tanto al padre como a la madre de quedarse con la custodia de los hijos e introdujo el concepto de **tuición compartida** que hace referencia a que los padres compartan el cuidado personal del menor (Divorcio fácil, s.f, párr. 1).

Cabe señalar que respecto al Derecho Comparado el Tribunal Constitucional de Madrid- España ha cambiado su doctrina, ya que determinó que la aplicación de la custodia compartida debe ser normal, no excepcional.

5.1 Custodia compartida en Puerto Rico.

En Puerto Rico desde principios del año 2005 se ha dado un proceso evolutivo en temas de custodia compartida en procura del bienestar del menor, lo anterior con relación a los antecedentes históricos como por ejemplo en el derecho Romano al igual que el derecho común inglés los hijos le pertenecían al padre, éste tenía la responsabilidad de protegerlos y educarlos, para ese entonces el padre tenía el derecho absoluto de la custodia del menor, solo hasta 1920 surge una modificación en el derecho americano e inglés en el que se prefería conceder la custodia a la madre, no obstante en 1960 determinados estados americanos optaron por el criterio del mejor interés del menor debido al aumento de divorcios de madres que debía salir a trabajar. Posteriormente, para 1979 el Estado de California da el primer paso en la aprobación de la ley de Custodia Compartida y para 1991 se sumaron 40 estados.

El sistema jurídico de Puerto Rico ha sido influenciado por el sistema americano, el cual establece algunas de las siguientes diferencias en temas de custodia compartida:

Custodia legal compartida: al derecho que tienen los padres en las decisiones sobre la salud, educación y bienestar del menor. **Custodia física compartida:** es aquella en que los padres comparten la tenencia física del menor al igual que la patria potestad (Gierbolini, Cano, s.f, p.2).

Ahora bien, en concreto el Código Civil y las leyes creadas acerca de custodia y patria potestad de Puerto Rico disponen:

En todos los casos de divorcio los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y la patria potestad del cónyuge que el Tribunal, en el ejercicio de su sana discreción, considere que los mejores intereses y bienestar del menor quedarán mejor servidos; pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos, en la manera y extensión que acuerde el Tribunal al dictar sentencia de divorcio, según los casos (Gierbolini, Cano, s.f, p.3).

Por lo anterior, vemos que el Código Civil de Puerto Rico junto con las decisiones de los Tribunales para otorgar la custodia a algunos de los progenitores implementan el criterio el interés superior del menor cuando señala que se otorgará en pro de “ *los mejores intereses del menor (...)* ”. También lo considera la ley 100 de 1976 cuando determina que el menor debe estar lo menos afectado posible al presentarse el divorcio o separación de sus padres. Además, el tribunal de Puerto Rico en el **caso Ex Parte Torres Ojeda** el cual se convierte en la piedra angular en los procedimientos para otorgar la custodia compartida, allí señala los criterios del Tribunal: a) la capacidad y disponibilidad de los padres de asumirla, b) buena comunicación entre los padres para tomar decisiones referentes al menor, c) el tribunal examinara los motivos y objetivos por el cual los padres instan la custodia compartida, d) la profesión u ocupación de los padres, c) analizar las distancias geográficas de cada uno de los hogares, para determinar el nivel de afectación en la educación del menor.

En resumen, los Tribunales de Puerto Rico contemplan la posibilidad de la custodia compartida por considerar que, el menor necesita compartir con ambos padres. Así pues, la custodia compartida está basada en los **principios de cooperación** en la crianza de los hijos y las **responsabilidades** tanto del padre como la madre, ambos igualmente importantes para el desarrollo del niño. Además,

el sistema jurídico de Puerto Rico determina la posibilidad para que el Tribunal pueda conceder la ayuda humanitaria a solicitud de uno solo de los progenitores, así lo señala:

El Sustitutivo al Proyecto pretende añadir el Artículo 107-A al Código Civil de Puerto Rico, el mismo establece que: Además, uno de los progenitores podrá solicitar que se adjudique la custodia compartida, cuando muestre a satisfacción del Tribunal que actúa de buena fe por el grado de cercanía con el o la menor o con el propósito de fortalecer los vínculos afectivos con éste, y que ha realizado gestiones conducentes a lograr un acuerdo (Gierbolini, Cano, s,f, p.16).

Por último, el Tribunal Puertorriqueño determina algunos factores para tener en cuenta al momento de otorgar la **custodia compartida**, como los siguientes: a) la capacidad, disponibilidad y firme propósito de las partes de criar conjuntamente a su hijo(s), b) que los padres tengan una buena comunicación, c) analizar la probabilidad real de conflictos futuros, d) mirar cuales son los verdaderos motivos y objetivos que instan a la pareja de padres a solicitar la custodia compartida.

5.2 Custodia compartida en España.

Desde el año 2005 en España se ha reformado el Código Civil en temas de custodia, por lo que se comenzó a implementar la custodia compartida la cual se otorga de forma excepcional fundamentada en el interés superior del menor. Ahora bien, cuando no exista acuerdo, el juez puede resolverla sin que lo reclame ninguno de los padres.

Entre tanto el Código Civil español en su artículo 92 regula el tema de **custodia compartida** donde establece:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras

fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (Gierbolini, Cano, s.f, P.8).

También, cabe resaltar la importancia de algunos conceptos para no confundir las diferentes figuras jurídicas implementadas en temas de obligaciones y deberes de los padres hacia sus hijos:

a) Patria Potestad:

La constitución española en su artículo 39 apartados segundo y tercero establece en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección integral de los hijos(as) y, en segundo lugar, el deber de los padres de asistir a sus hijos indistinto si fueron procreados dentro o fuera del matrimonio, todos merecen la atención necesaria, puedo decir entonces que para el código español no se admite el abandono de los hijos bajo ninguna circunstancia, tanto los hijos nacidos dentro del matrimonio como los que no, tiene iguales derechos.

Por otro lado, el Código Civil en su artículo 154 contempla que todo lo que se refiere a la patria potestad corresponden conjuntamente a los padres:

De los artículos 154, 156 y 162 se extrae el concepto de patria potestad, ya que la legislación española no lo señala expresamente. Se entiende entonces por patria potestad el conjunto de derecho y obligaciones que el ordenamiento jurídico concede a los progenitores a fin de poder realizar las funciones de cuidado, atención y educación de sus hijos. Varias son las notas características de la patria potestad:

a) Conjunto indisoluble de derechos y deberes, b) surge como consecuencia de la filiación biológica o adoptiva, c) se ejerce siempre en beneficio de los hijos menores o incapaces, d) se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores (Aramburu, Chato, Martín, y Pérez, s.f, p.12).

El ordenamiento Español, señala que la concepción de patria potestad se debe entender más como un deber- función social antes que un derecho, deber respecto a que su ejercicio es en pro del interés del menor(s). Ya que, su naturaleza tiene un carácter social, lo cual hace que su ejercicio no sea meramente facultativo, sino en obligatorio para quien lo ostente.

Por otro lado, el concepto de custodia se ve más claro en el artículo 2 del Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, define los conceptos de responsabilidad parental, derechos de custodia y derecho de visita, estos reúnen en su conjunto la definición y objeto de la custodia:

- b) La responsabilidad parental:** son aquellos derechos y obligaciones como el derecho de custodia y visita conferidos a una persona física o jurídica mediante resolución judicial o acuerdo que produce efectos jurídicos, esto también incluye a lo relacionado a la persona o los bienes de un menor.
- c) Derechos de custodia:** esencialmente se trata de los derechos y obligaciones concernientes al cuidado del menor, y específicamente, el derecho a disponer donde vivirá (lugar de residencia).
- d) Derecho de visita:** es el derecho de desplazar a un niño(a) de un lugar a otro distinto a su hogar habitual durante un periodo limitado.

5.2.1 Titularidad de la patria potestad en España:

La titularidad de la patria potestad está en cabeza de los dos padres o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Sin embargo, existen las siguientes excepciones: primero, cuando uno de los padres haya sido declarado fallecido o incapaz. Segundo: “cuando el progenitor haya sido condenado en sentencia en firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación” (Sobrino, 2015, p.21). Tercero, si la filiación se determinó en sentencia en firme contra la oposición de uno de los padres y cuarto como lo señala el artículo 170 del Código Civil: “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial” (Universidad de Sevilla, s.f, p.17).

De lo anterior, se señala que la privación de la patria potestad se presenta cuando los progenitores o titulares hacen dejación de la misma o realizan un ejercicio gravoso que genere en el menor(s) un daño, más que una sanción al titular, lo que se pretende es la protección de los derechos e interés del menor(s).

El ejercicio de la Patria Potestad: en España genéricamente corresponde a ambos padres en condiciones iguales, así lo dispone el art.156:

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre

ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años (Código Civil, 2012, párr.1).

En resumen, el Código Civil Español artículo 156, referente a la patria potestad, considera que corresponde a ambos padres el ejercicio de la misma o por uno solo; y si se presentan desacuerdo cualquiera de los dos podrá acudir ante el juez para definirla. Además, en caso de imposibilidad o ausencia de alguno de los padres su ejercicio será exclusivo atribuible a la madre o al padre presente, y cuando los padres no vivan juntos quien ejercerá la patria potestad será con quien el menor conviva.

La configuración de la guarda y la custodia regulada por la ley 14/2005 de 8 de Julio de Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y Divorcio. La fuente de la modificación del Código Civil tiene su relevancia en lo establecido en el artículo 154 referente a la Patria Potestad, en este artículo se señalan dos principales características:

- 1) La Patria Potestad son aquellos deberes de contenido patrimonial relativo a la representación y administración de los bienes de los hijos.
- 2) Aquellos deberes de contenido personal: los de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral. La modificación hace hincapié en lo referente a:

Tenerlos en su compañía”, configura lo que en la práctica de los Tribunales Españoles se ha de llamar guarda y custodia. concepto que no era contemplado en nuestra legislación nacional, que se ha venido acuñando jurisprudencialmente y que ha sido introducido, de forma expresa, en nuestro texto legal con motivo de la reforma operada a través de la Ley 15/2005 de 8 de Julio de Modificación del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Separación y Divorcio. La reforma antedicha sigue sin definir ni delimitar el concepto de "guarda y custodia", y mezcla

de forma indistinta términos y expresiones como "guarda", "guarda y custodia", "guarda conjunta", "cuidado de los hijos", "progenitor que no tenga consigo a sus hijos" de una forma bastante caótica y poco uniforme, y, así: El artículo 90 CC. En su nueva redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de Julio cuando se refiere al contenido del Convenio Regulador incluye: "A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos (Aramburu et al., s.f, p.16).

No obstante, no significa que el progenitor no custodio quede excluido de las funciones referentes a las Patria Potestad (artículo 154 C.C) , usualmente todas aquellas decisiones relevantes de las cuales depende el bienestar y la vida del mejor, aquellas como la salud (tratamientos médicos), la educación, la elección del lugar donde vivirá y aquellas referente a la administración de los bienes, las cuales deberán ser tomadas por mutuo acuerdo por ambos padres, en caso de desacuerdo, tal decisión debe someterse a tribunales.

A continuación en el siguiente cuadro, señalaré las diferencias entre la custodia y patria potestad, además de los avances en temas de custodia compartida:

Legislación Española	
Guarda y Custodia	Patria Potestad
1. Atribución a uno de los progenitores la Custodia (ley 14/2005) 2. Generalizadamente son las madres las que se encarga del cuidado de sus hijos.	1. En condiciones normales de forma compartida se mantiene la Patria Potestad (art. 154 C.C)
Custodia Compartida	
En España solo hasta la reforma de 2005 se ha venido contemplando, no ha sido de forma expresa, pero se ha asumido con carácter excepcional este tipo de custodia. EJEMPLO: TC Sala 2ª, S 15-1-2001, nº 4/2001, rec. 3966/1997, BOE 41/2001, de 16 febrero 2001. Pte: Vives Antón, Tomás S.	

Cabe resaltar la importancia del mutuo acuerdo entre los padres por solicitud de ambos, siempre respetando el principio rector: el interés superior del menor, en el que la intervención judicial debe reservarse cuando no haya sido posible el pacto, cuando las pretensiones sean lesivas para el menor o los padres, además se aplica como recurso voluntario la mediación.

Para la Abogada Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, profesora de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid en su obra: “*Nadie pierde: La guarda y custodia compartida*” señala que la guarda y custodia surge:

Cuando los padres no pueden cumplir con su función continúa de tener a los hijos en su compañía como contenido de la patria potestad y como consecuencia del divorcio. De ese modo, la titularidad de la patria potestad sigue siendo conjunta, pero el ejercicio puede que no. En este sentido, ha establecido la Jurisprudencia que: “La ley concibe la patria potestad como una función del padre y de la madre en beneficio del hijo, atribuyéndola conjuntamente a ambos progenitores, si bien, en ciertas situaciones como cuando los padres viven separados, asigna su ejercicio a aquél de los padres con quien el hijo conviva, sin que la titularidad conjunta se altere; sin perjuicio de que el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, pueda, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio,(art. 156 Código Civil)(Zafra, 2018, p.125).

De modo que conforme a lo dicho por Zafra, puedo resaltar que la *custodia* predicará cuando los padres no pueden seguir en compañía de sus hijos, por tanto en estos casos como lo señala el Código Civil español en el art. 156 se decidirá de común acuerdo bajo quien quedara encargado del cuidado del menor o los menores, en caso que no medie el acuerdo será el juez el que decida. Adicionalmente señala la autora que en el artículo 92 del Código Civil presenta una serie de posibilidades o escenarios cuando cesa la convivencia entre los progenitores, escenario N°1: patria potestad exclusiva y custodia exclusiva, escenario N°2: patria potestad conjunta pero custodia exclusiva y escenario N°3: Patria potestad conjunta y custodia alterna.

Siendo así las cosas, nuestra atención en esta investigación está en el escenario N°3: *patria potestad conjunta pero guarda y custodia alterna*, puesto en ella se configura la novedosa figura

jurídica conocida como **custodia compartida**, ya que tras la reforma del 2005 se comienza a regular en el ámbito nacional, con la finalidad de que no implique para los progenitores una renuncia tacita a la educación, contacto, comunicación y presencia en la vida de los menores, aun a pesar de que entre los padres haya cesado la convivencia.

Conforme a lo anterior, indicaré la diferencia entre la patria potestad y la custodia como lo plantea Zafra, lo desglosare mediante este cuadro:

DIFERENCIAS ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA	
Patria potestad	Custodia
➤ “Es el conjunto de derechos y obligaciones que los progenitores tienen sobre los hijos menores no emancipados” (Zafra, 2018, p.155). → La responsabilidad parental. ➤ “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges Art. 92 N°4 Código Civil Español”(Código Civil Español, parr.104).	➤ “Es aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con hijos menores” (Zafra, 2018, p.155). ➤ “Abarca todas las obligaciones que se derivan de la vida diaria y cotidiana de los menores: alimentos, cuidados, vigilancia, atención, educación, formación y responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores en los que intervenga la culpa negligencia”(Zafra, 2018, p.155). ➤ Modelos de custodia: “1) <u>Mono-parental o exclusiva</u>: cuando a uno solo de los progenitores se le atribuye la guarda y custodia, es otorgado fundamentalmente a la madre.2) <u>Dual</u>: cuando la guarda y la custodia se le atribuye a ambos progenitores...” (Zafra, 2018, p.155).

5.2.2 Procedimiento para otorgar la custodia compartida en España

La custodia compartida en España, se introduce en el ordenamiento jurídico con la ley *15 de 2005 del 8 de julio*, con ella se modificó el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, por tanto el artículo 99 del Código Civil español quedo así:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos (Zafra, 2018, pp.161).

De conformidad con lo anterior, señalaré el paso a paso para que proceda la Custodia Compartida consagrado en el artículo 92 del Código Civil Español:

- a) La guarda y custodia compartida tendrá cabida en la medida que los padres la requieran en la propuesta del convenio regulador, también procederá cuando ambos lleguen a este acuerdo en el curso del procedimiento. El juez al acordar la guarda y custodia conjunta adoptará las cautelas procedentes para su eficaz cumplimiento, procurando no separar a los hermanos.
- b) El juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición de la Fiscalía, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Analizará las alegaciones de las partes y la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad en el régimen de guarda.

c) Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (Ley 15 de 2005 art. 92 numeral 8).

Vale la pena comentar que éste inciso en su anterior redacción fue objeto de declaración de inconstitucional y nulidad parcial del numeral en la palabra “*favorable*” que aparecía en la ley 15 de 2005 dicha transcripción era la siguiente:

Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe *favorable* del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2005, párr.13).

La declaración de inconstitucional se dio mediante sentencia a **STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012**. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren a los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores

5.2.3 Circunstancia en que NO procederá la custodia compartida:

No procederá la Custodia Compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

5.3 Contraste entre el sistema jurídico de Puerto Rico y el Español

Se ha venido señalando la manera como estos dos países implementa la figura jurídica de la custodia compartida, vemos que en ambos se aprueba y regula la custodia compartida, instaurando como piedra angular la supremacía de los derechos de los niños al momento de decidir acerca de la custodia, esto implica que por encima de los intereses de los padres tras la ruptura matrimonial o separación prime el bienestar del menor, sin embargo con la influencia del sistema americano en Puerto Rico noto que el ejercicio de la custodia compartida tiende a figurar en diferentes escenarios como por ejemplo determina que se otorgará la custodia compartida a solicitud de ambos progenitores, no obstante el Tribunal de Puerto Rico con base a la propuesta en actualizaciones del Código Civil ha contemplado la posibilidad de otorgar la custodia compartida a solicitud de uno solo de los progenitores argumentando que ambos padres son importantes en el desarrollo del menor, ahora bien en Puerto Rico en principio la Custodia Compartida es voluntaria, además la ley pretende que los jueces promuevan el ejercicio compartido de la custodia, esto con el fin de permitir al padre o madre no custodio relacionarse con sus hijos, en el entendido que dicha ley lo que quiere es que ambos tengan acceso a los menores.

Cuando hablamos que el sistema Jurídico de Puerto Rico contempla permitir el otorgamiento de la custodia compartida a petición de uno de los padres, contrario a cómo funciona en España que la custodia compartida es ejercida a solicitud de los padres en el que ambos se ponen de acuerdo para su ejercicio, aquí hay que resaltar la intención y la voluntad de ambos progenitores para compartir la custodia siempre respetando el principio rector: “interés superior del menor”, el cual debe prevalecer cuando los padres no lleguen a algún acuerdo o cuando las pretensiones de estos sean lesivas para el menor.

6. OTROS SISTEMAS JURÍDICOS DEL DERECHO COMPARADO

6.1 Bélgica

Responsabilidad Parental:

Bélgica es uno de los países fundadores de la Unión Europea, ubicada en Europa Noroccidental. Ahora bien, referente al tema de custodia compartida el artículo 373 del Código Civil Belga establece el ejercicio de la custodia compartida cuando el Tribunal la confiere, así es interpretado:

Significa que ejercen y seguirán ejerciendo uno y otro los atributos de la patria potestad (ejercicio de la «custodia» de los hijos, ejercicio del derecho de educación del niño, ejercicio del derecho de administración y disfrute legal de los bienes del niño) y que uno de los progenitores no podrá tomar una decisión que impida o ponga trabas al ejercicio por el otro progenitor de sus propias prerrogativas. Debe obtener, por lo tanto, el acuerdo del otro progenitor y si no lo obtiene, no puede actuar. Sin embargo, por ejemplo para la «custodia» de los hijos, el progenitor en cuyo hogar estos últimos vivan tomará en un momento dado las decisiones relativas a horarios, normas de cortesía, etc. Por lo que se refiere a terceros (de buena fe), se supone que cada progenitor actúa con el acuerdo del otro cuando realiza solo un acto de este tipo (artículo 373 del Código Civil) (Red Judicial Europea, s.f, párr.31).

La ley Belga señala que por regla general la titularidad de la **responsabilidad parental** le corresponde a los dos padres cuando vivan juntos, pero también cuando la convivencia se rompe como consecuencia de la separación personal, divorcio o nulidad del matrimonio (art. 374.1 CC). Además, con la expedición de la ley del 18 de julio de 2006 “por el cual se promueve la custodia compartida de los niños cuyos padres se han separado” (Convención Sobre los Derechos del Niño, 2010, p.2). Mediante esta ley como lo señala Esther Monterroso Casado doctora en

Derecho Civil se refiere: “alojamiento de los niños prioritariamente igualitario (résidenceégaltaire)”(Monterroso, y Rodríguez, 2011,p.34).

Además, sigue señalado que en caso en que no se pudiere llegar a un acuerdo, el Tribunal podrá examinar la posibilidad de conceder vivienda al menor de manera igualitaria entre el padre y la madre, siempre que se haya solicitado por uno de los progenitores. La custodia a diferencias de otros Estados, en la legislación de Bélgica no se utiliza el término de custodia compartida, esto no quiere decir que exista impedimento alguno para que se regule el tema de custodia, específicamente para fijar la residencia del menor.

6.2 Francia

La custodia: en el Código Civil francés no se utiliza el término de custodia y guarda, lo que viene a regularse es el tema de residencia de los(as) menor(s) tras la ruptura matrimonial o convivencia en común.

Isabel Aramburu Muñoz en su obra: “*Estudios de Derecho Comparado sobre la Regulación de la Custodia Compartida*”, aquí expresa:

La reforma introducida por la Ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002 autoriza el sistema de "résidencealternée" -"residencia alterna"- para él y la menor cuyos padres no conviven. La forma en que viene regulada en el derecho francés este sistema de residencia es muy general imponiendo tan solo como norte de esta decisión dos condicionamientos: a) Protección de los intereses de los hijos e hijas menores, y b) Garantía del mantenimiento de los vínculos de los y las menores con cada uno de sus progenitores (Aramburu et al., s.f, p.34).

La Residencia Alterna, implica que tras la ruptura de vida en común de los padres, estos puedan de común acuerdo fijar el lugar de residencia de la o del menor, decisión que será sometida a

aprobación judicial. No obstante, en los casos en que el convenio no garantice suficientemente el interés del menor o que exista vicio en el consentimiento (no sea libre) de los progenitores constatado por el tribunal puede denegarse el acuerdo por los padres. Así lo establece la legislación francesa:

En los supuestos en los que no existe acuerdo entre los progenitores el artículo 373.2.9 CC. Concede facultades al Tribunal de Familia para establecer, si lo considera conveniente para el interés del y de la menor, un sistema de "résidencealternée"; **si uno de los progenitores lo solicita este sistema de "résidencealternée" puede ser establecido durante un plazo determinado y con carácter provisional** o bien puede el Tribunal acordarlo en los supuestos en que ambos no se muestren de acuerdo respecto del sistema de residencia del o de la menor. Por tanto el legislador francés atribuye facultades al Tribunal para el establecimiento de la "résidencealternée" aun cuando los progenitores se pronuncien en contra (Aramburu et al., s.f, p.37).

6.3 Inglaterra y Gales

En su actual legislación no se utiliza el término de custodia, éste ha sido absorbido por un concepto más amplio como el de responsabilidad parental. Por ende, en su ordenamiento jurídico cuando se trata de definir los derechos y las obligaciones de los padres respecto a los hijos en vista de que se ha roto la convivencia entre ambos progenitores, se adoptan una serie de decisiones que abarcan aspectos que van más allá de la fijación de la residencia; se adopta una serie de decisiones. Aramburu Muñoz señala:

El/la Juez/a, cuando considere la adopción, modificación o nulidad de alguna de las decisiones recogidas en la mentada sección 8, deberá tomar en cuenta especialmente: los deseos y sentimientos del y de la menor, partiendo de su edad, capacidad y madurez.

b) Sus necesidades físicas, emocionales y educativas, c) Los efectos que el cambio de circunstancias pueda tener sobre el o la menor, d) La edad, sexo, antecedentes y cualquier otra característica del y de la menor que el Juzgado entienda relevante, e) Cualquier daño que haya sufrido o pueda llegar a sufrir el o la menor, f) La capacidad de cada uno de los progenitores y cualquier otra persona que tenga encomendada la satisfacción de las necesidades del o de la menor (Aramburu et al., s.f, p.43).

Conforme a lo anterior, resalto la relevancia del interés superior del menor, que es el criterio preponderante a la hora de decidir acerca de la aplicación de la responsabilidad parental refiriéndose ésta a la patria potestad, por tanto en el ejercicio de la misma el fundamental la conveniencia de la salud emocional, física y educativas del menor, me permito citar lo incorporado en la legislación francesa a lo que podía llamarse la *residencia alterna*, así las cosas aquí cito el nuevo artículo 373-2-9 de la Ley N° 2002-305 de 2002 : “En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos” (Ley 2002-305, 2002, p.2).

Continúa diciendo, procederá cuando uno de los progenitores la solicite, en caso contrario, cuando no exista acuerdo entre los padres acerca de la forma de residencia del menor, será el juez quien ordenara provisionalmente durante un plazo concreto la “*residencia alterna*”; vencido ese plazo el juez fallará definitivamente en el que resolverá: a) la aplicación de la residencia alterna en el domicilio de cada uno de los progenitores o b) decidirá designar residencia para el menor en la vivienda de alguno de los padres.

Por lo expuesto, las regulaciones sobre custodia en Bélgica, Francia e Inglaterra, de todas ellas observo que el sistema jurídico de Bélgica y Francia, plasman con mejor claridad la regulación de la custodia compartida en comparación con Inglaterra, puesto que tanto en Bélgica como Francia el ejercicio de la custodia compartida será por acuerdo de ambos padres, sin

embargo cuando estos no puedan ponerse de acuerdo, será el tribunal quien decida, por ejemplo en Bélgica, el tribunal concede la vivienda igualitaria a petición de un solo progenitor, diferente en Francia los padres de común acuerdo decidirán donde vivirá el menor, pero en caso de que no exista acuerdo entre los padres respecto a la residencia alterna, será entonces el Tribunal quien decida el establecimiento de la residencia alterna.

En consecuencia, considero que el sistema Jurídico Belga y francés se asemeja al colombiano cuando genera el espacio para que los padres lleguen a un acuerdo, sin embargo finalmente si no se logra el consenso, el Tribunal terminará imponiendo el cuidado compartido. Por lo que respecta discrepo en relación a la última parte, puesto podría afectar el máximo bienestar del menor en cumplimiento de sus garantías, considero que la imposición de la custodia compartida por falta de acuerdo, no cumpliría la finalidad de bienestar y ambiente sano que espera un niño, ya que la ausencia del acuerdo pudo darse a causa de relaciones conflictivas, maltrato, violencia u otras circunstancias que impidan el ejercicio saludable de la custodia compartida, de modo que iría en contravía de la armonía familiar, lo mejor sería entonces que se otorgara la custodia mono-parental con regulación de visitas.

7. ANALISIS DE PERICIAS PSIQUIÁTRICAS Y PSICOLÓGICAS EN LA CUSTODIA

Es importante resaltar la relevancia de la psicología en la sociedad y la incidencia que tiene en el Derecho, así lo ha expuesto María Isabel Cuartas Giraldo, abogada magíster en psicología jurídica en su obra: *La psicología jurídica. Una fuente interdisciplinaria del derecho en Colombia*. Aquí determinó:

El objetivo de la indagación fenomenológica de la psicología jurídica consiste en identificar los fenómenos psicológicos humanos con transcendencia jurídica que han sido propuestos por algunos estudiosos de ésta área del conocimiento humano en diferentes contextos geográficos y por algunas instituciones jurídicas, para ponerlos en relación con el derecho, facilitar la relación entre el derecho y la psicología jurídica y contribuir a una intervención y transformación positiva de las sociedades humanas (Cuartas, 2017, p.65).

Acorde con lo dicho por la autora, destaco la relación entre Psicología y Derecho, como herramientas aplicables a las incógnitas jurídicas generadas en la sociedad y la familia, allí la psicología y el derecho tiene que hacerle frente entendiéndolas, regulándolas y planteando soluciones; como lo es, en caso de la regulación y el otorgamiento en temas de patria potestad y custodia de menores, aquí se debe evaluar los aspectos psicológicos del padre y de la madre como los contemplados en la: “Tabla 13. Guía para la realización de pericias psiquiátricas sobre patria potestad(o potestad parental) y custodia... Identificar si existe una enfermedad, retardo, trastorno o rasgos de personalidad que pueda afectar la tenencia del hijo o hijos” (Cuartas, 2017, pp.83-84).

Por otro lado, respecto a los procedimientos de otorgamiento de custodia, estos también se encuentran integrados por las disciplinas de la psiquiatría y la psicología, con la finalidad de

establecer lineamientos o parámetros que garanticen el adecuado otorgamiento de la figura de custodia en Colombia.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses posee una guía para desarrollar pericias psiquiátricas o psicológicas forenses que ayudan a definir el ejercicio de la patria potestad y la custodia, lo anterior con el fin de tener los lineamientos y recomendaciones metodológicas para hacer la evaluación psicológica y psiquiátrica; tal herramienta es utilizada por autoridades judiciales para tomar decisiones entorno a la custodia y a la patria potestad realizando una valoración del núcleo familiar en los siguientes ámbitos: a) los vínculos familiares afectivos, b) las características de la Personalidad, c) el crecimiento moral, d) el funcionamiento global y e) la presencia o ausencia de enfermedad mental del padre y de la madre. A continuación realizare una descripción categórica de la guía:

7.1“Pautas recomendadas para la entrevista y evaluación psiquiátrica o psicológica forense en casos de suspensión o privación de la patria potestad y/o establecimiento de la custodia”

(Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.21).Según la guía para la realización de pericias psiquiátricas y psicológicas la evaluación se llevara de la siguiente manera:

a) se realiza una entrevista a los padres y cuando sea pertinente al hijo como lo establece el Protocolo de Evaluación Básica de Psiquiatría y Psicología forense.

b) Durante la entrevista se recauda información acerca de los hechos que generaron la situación, además la motivación de la pretensión para la designación o privación de la custodia o patria potestad.

c) Relato de la historia personal con los natos de su familia núcleo, en que describirá: el estado de los vínculos afectivos, los conflictos, perdidas y separación; desempeño académico, como han sido sus relaciones sociales y afectivas, contara acerca de su historial laboral, como se ha venido

llevando su sexualidad, relato de sí mismo y sus gustos, además de su pasado judicial, si se ha presentado algún consumo de sustancias o fármacos psiquiátricos.

d) Conocimiento de los hijos: se analizará lo percibido de la situación actual, además de lo que espera del proceso de familia, además se analizarán la condición de sus facultades mentales.

7.2 “Tests psicométricos u otros exámenes: De acuerdo con el criterio del perito se pueden aplicar test de personalidad tipo inventarios o proyectivos en los adultos; en los niños, test proyectivos para evaluar identidad y percepción de la familia” (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.22).

7.3 “Análisis y conclusión forenses en pericias psiquiátricas y psicológicas forenses sobre patria potestad (potestad parental) y custodia” (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.22).

a) Diagnóstico clínico: el profesional integra la información obtenida en la entrevista y otros como: examen mental o test realizados, elementos que permiten hacer un diagnóstico psicológico y psiquiátrico.

b) Análisis:

Aspectos generales:

- ✓ Se realiza al detalle de las características de su personalidad, se mira sus antecedentes personales, familiares, y médicos para cada uno de los evaluados.
- ✓ Describir el núcleo familiar secundario en vínculos afectivos e interacciones.
- ✓ Descripción de la situación reciente que enfrenta la familia, incluyendo la causa de los conflictos y las alternativas para solucionarlos.
- ✓ Mostrar existencia o ausencia de riesgo y señalarlos.
- ✓ Hacer recomendaciones terapéuticas individuales de pareja o grupal.

c) Aspectos específicos en los casos de custodia: se valora a un adulto en calidad de madre o padre y se sugiere:

- ✓ Señalar la existencia de una enfermedad, discapacidad, trastorno o problemas de personalidad, que incidan, dificulten o impidan la tenencia del menor.
- ✓ Indicar si existe antecedentes uso de sustancias que afecten la armonía familiar.
- ✓ Indicar la capacidad de disciplinar en valores.
- ✓ Detectar la actitud de cómo se afronta los conflictos que ocasionaron la separación.
- ✓ Analizar la manera en se potencializará (prospección) el padre o madre y los hijos.

d) Al evaluarse un niño, niña o adolescente se recomienda:

“Diagnosticar el estado de salud mental y si hay patología, señalar si guarda correlación con los factores de riesgo de su sistema familiar, b) describir la relación vincular con los padres y otros familiares, c) puntualizar cómo es el desempeño académico, si hay cambios comporta-mentales o en el rendimiento, y el grado de compromiso que ha tenido cada uno de los padres en la historia académica del evaluado, d) observar el nivel de satisfacción de sus necesidades básicas, e) describir cuál ha sido el apoyo que ha recibido de sus padres, f) Establecer si sus derechos están siendo amenazados o vulnerados, indicando si se pone en riesgo la estabilidad emocional, bienestar y desarrollo moral del hijo o hija, h) Observar si existe o no triangulación, manipulación, alianzas o conflictos de lealtades” (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.24).

A continuación se mostrara mediante el presente cuadro la patología de la triangulación:

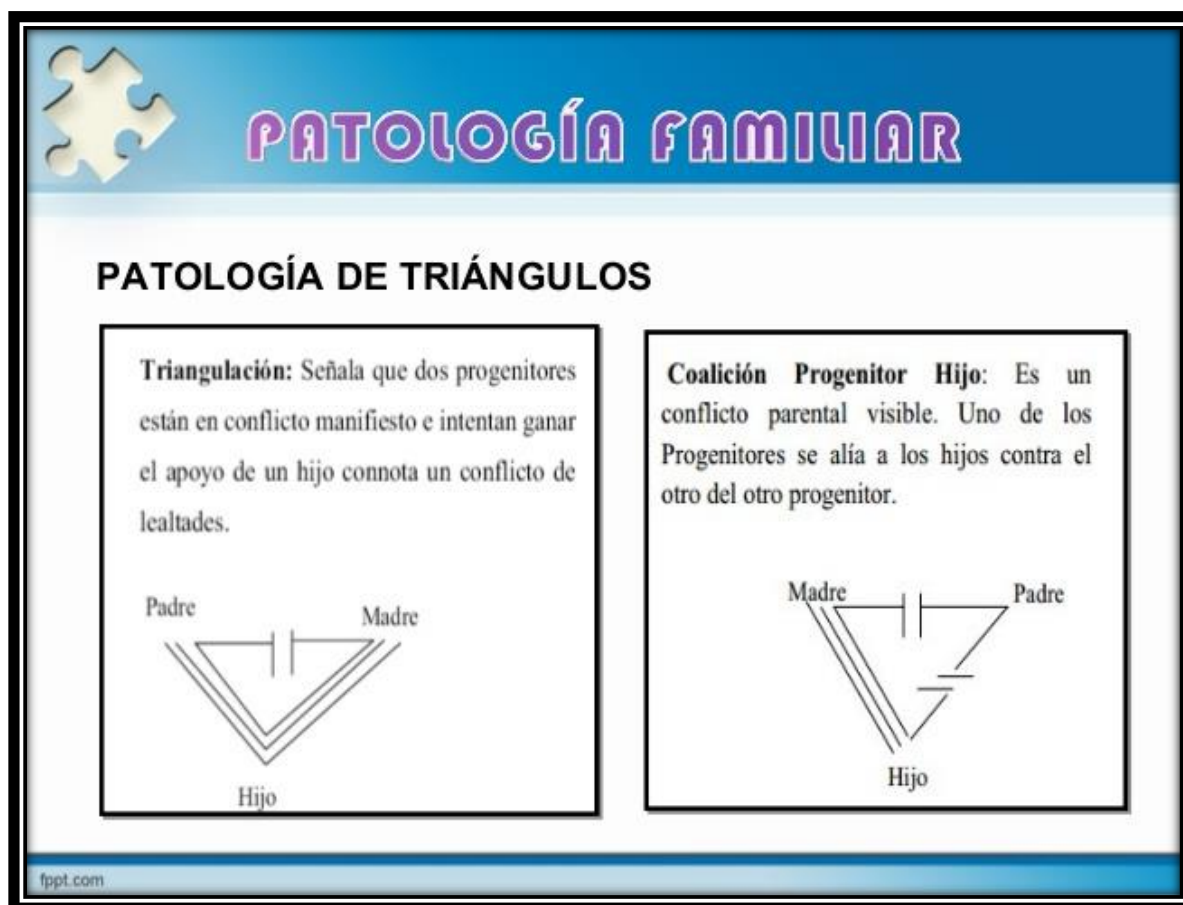


Figura1. Patología de la Triangulación.(Damas, 2013)

7.4 Conclusión

Diagnóstico clínico psiquiátrico y psicológico.

- 1) Se especifican los efectos del diagnóstico sobre los síntomas respecto a la capacidad para ejercer la patria potestad y la custodia del (la) menor.
- 2) Se responden las dudas enviados por el peticionario.
- 3) Se advierte si existe situación de riesgo en la familia y se hacen recomendaciones para que el operador judicial ejecutar las medidas que proporcionen el ejercicio de los derechos al en el seno de grupo familiar.

4) Se realizan recomendaciones terapéuticas individuales, se determinan si la atención debe ser por psicólogos o psiquiatra o por los dos profesionales.

5) **Responsables:** los responsables de seguir los parámetros de esta guía son:

Los peritos psiquiatras o psicólogos forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o cualquier psiquiatra o psicólogo debidamente entrenado y capacitado, que deban realizar una evaluación forense sobre patria potestad (o potestad parental) y custodia, en los casos señalados por la ley y rendir el respectivo informe pericial o dictamen, en todo el territorio nacional (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.26).

7.5 Normativa: Sugiero consultar la Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses sobre Patria Potestad y del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses podrán encontrar el sustento normativo para cada una de las valoraciones psicológicas, psiquiátricas y neurológicas.

8. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA

8.1 Antecedentes:

“Patrio o patria para el Diccionario Anaya de la Lengua viene del latín patrius que significa que pertenece al padre o proviene de él, además señala que la palabra potestad viene del latín potestas, - atis que significa poder sobre una cosa, autoridad y se refiere a patria potestad como la autoridad que la ley concede al padre sobre el hijo no emancipado, mientras que

emancipación, del latín emancipare, se define como conseguir un menor de edad los derechos del mayor de edad”(Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses,2010,p.10).

8.2 Patria potestad (o potestad parental): El Código Civil colombiano define en su artículo 288 la patria potestad como:

...el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” y además, en el segundo inciso del mismo artículo, señala: “Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.11).

8.3 El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en su artículo 14 establece:

la “Responsabilidad Parental” como “un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil” y como “la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”, señalando que “en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor(Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.14).

8.4 Custodia y cuidado personal (artículo 253 del Código Civil): “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2019, p.18).

8.5 Custodia y cuidado personal (artículo 23 Código de Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006):

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2010, p.18).

8.6 Diferencias entre custodia y patria potestad:

Los anteriores fundamentos jurídicos denotan la regulación en el tema de patria potestad y custodia de los menores, si bien ambos están encaminados a garantizar la protección de los derechos de los hijos, no se debe pasar por alto las siguientes diferencias:

1) El término custodia se refiere al cuidado, educación y crianza del menor, a diferencia de la Patria Potestad definida por Corte Constitucional en sentencia C-1003 de 2007 manifestó que tiene la función de: “garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio)”(Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, párr.23).

Además, como propósito la salud emocional y material de los menores no emancipados.

2) El ejercicio de la custodia mono-parental corresponde a uno de los padres a diferencia de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores. La Corte ha establecido que el ejercicio de la patria potestad solo será permitido siempre que se entienda en pro del bienestar del niño(a); lo que indica que los derechos otorgados a los padres no son para su provecho propio sino a favor de la supremacía de los derechos de la(s) menor(es) o del(los) menor(es).

3) La custodia o cuidado personal de los menores puede ser conciliada entre los padres a diferencia de la patria potestad.

9. LA PSICOLOGÍA Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

Múltiples inconvenientes y traumatismos padece un niño(a) cuando ha experimentado la ruptura del matrimonio de sus padres, en algunos casos el impacto es mínimo, esto dependerá de la disposición conciliadora de los padres y de la conciencia de proteger a su hijo, ayudándole en la adaptación a su nuevo modelo familiar. Sin embargo muchos no cuentan con la misma fortuna, hay matrimonios que se convierten en un campo de batalla que destruyen relaciones, y cuando llega el momento de decidir sobre el patrimonio y la custodia de los hijos se prolonga la contienda, parece que lo único que importa es el dolor, récores, reproches y la venganza.

El amor se vuelve un recóndito, absurdo y ausente, no hay cabida para ello, el hijo(a) o los(as) hijos(as) lo notan, lo sienten y lo sufren, es tanta la crisis que cuando no hay más de donde batallar con las heridas, usan a los menores como chantaje, para doblegar la voluntad del otro, sentirse triunfantes o conseguir la aceptación del hijo(a) encausándolo a que rechace a su madre o padre, hoy por hoy es llamado el síndrome de alienación parental (SAP), ha sido una conquista reciente del siglo XXI, cobrando mucha importancia en el mundo del Derecho, encaminada en propiciar una regulación clara acerca de la Custodia Compartida, así define José Manuel Aguilar Cuenca el SAP:

Un trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de los hijos mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición. Ésta situación está directamente relacionada con los procesos de separación contenciosa o aquellos que, iniciándose de mutuo acuerdo, han derivado de una situación conflictiva (Uribe, 2015, p.26).

Por tanto, la manipulación que ejerce uno de los padres en su hijo(a) o hijos(as) tiene la intensión de destruir los vínculos afectivos con el otro padre o madre, toda esa avalancha de sentimientos negativos de odio, generan graves afectaciones en el menor tales como: depresión, ansiedad, repentinos cambios de humor, agresividad, inseguridades, frustración, bajo rendimiento académico, baja autoestima, trae dificultades para construir una relación de pareja saludable, además podrían optar por aislarse de ambos padres, y en el peor de los casos adicciones al consumo de sustancias psicoactivas como: el alcohol, tabaco, la mariguana, drogas sintéticas, entre otras.

Con relación a lo anterior, la Comisión de Derechos Humanos México, señaló:

Al menos tres nuevos síndromes asociados al divorcio fueron identificados: en 1986, dos psicólogos de Michigan, en los Estados Unidos, Blush y Ross, quienes desconocían el trabajo de Gardner, se refirieron al “síndrome de acusaciones de abusos sexuales en el divorcio”, basándose en sus experiencias de peritajes para los tribunales de familia y en las experiencias clínicas de sus colegas, delineando tipologías para el padre que acusaba en falso, el niño involucrado y el padre acusado. Y es que el niño que sufre un caso grave de alienación parental, manifiesta un odio fanático por el padre objeto. No es extraño, por lo tanto, que pueda rehusar las visitas, formular de motu propio falsas acusaciones de abuso sexual o amenazar con huir, con el suicidio o el homicidio si se le obliga a ver a su padre; y es que la madre y el hijo tienen un vínculo patológico, basado a menudo en fantasías paranoides sobre el padre, que a veces puede ser calificado como “una locura a dos” (Comisión de Derechos Humanos México, 2011, pp.154-155).

Con lo expuesto, el tema de custodia debe ser analizado en su magnitud, no cabe duda que es imperioso que el Derecho lo regule y los operadores jurídicos conozcan esta clase de síndrome y se apoyen de profesionales de la psicología y psiquiatría especialistas en detectarlos, para mitigar o evitar caer en el error de conceder la custodia a un progenitor alienador.

Ahora bien, en asuntos de custodia compartida *El anuario de psicología jurídica de 2017* señala que en países como Estados Unidos, Noruega, Francia y Australia la influencia de la custodia compartida sigue siendo baja entre un 10% a un 30%. No obstante, se cree que el foco de atención ante la separación o divorcio de los padres es el bienestar de los hijos y no principios de igualdad de género, así lo demanda la Convención de Derechos del Niño es: “*buscar lo que más conviene a los menores*” (Fariña, Seijo, Arce y Vázquez, 2017, p.2). Por otro lado, la *American Psychological Association* ha elevado un informe desde 1995 a la Comisión de Estado Unidos sobre Bienestar Infantil y Familiar tras investigaciones sobre la custodia compartida y sus repercusiones, han aseverado que la custodia compartida acarrea resultados benéficos para los menores, principalmente en su adaptación. Por tanto en Estados Unidos gran parte de los estados han optado por la custodia compartida como garante del bienestar prevalente del niño(a).

Por consiguiente, cuando se trata de custodia compartida los menores van a pasar tiempo con ambos padres, esto es tiempo y atención con ambos, en el cual los hijos gozan una residencia principal con uno de los progenitores. Así las cosas la custodia compartida legal lleva a que ambos padres compartan las decisiones importantes que afecten a su hijo(s).

Señala el anuario de psicología jurídica de 2017:

Los efectos de la separación de pareja en los hijos han sido analizados de manera prolija y continuada, hallándose sistemáticamente un impacto negativo tanto a nivel de salud física y psicológica como escolar y social. Así en numerosos estudios se encuentra que los niños de padres divorciados presentan un riesgo elevado de padecer

problemas de salud física, entre los que cabe destacar, la obesidad, el asma, la hipertensión, el cáncer, las enfermedades tipo coronario y la enfermedad general, crónica y aguda. En este sentido, informa que el divorcio duplica el riesgo de problemas de ajuste emocional y también conductuales (Fariña et al., 2017, p.3).

Con la custodia compartida lo que se anhela es que ambos progenitores puedan intervenir en la crianza y cuidado de los sus hijos, esto es que ambos padres participen en iguales proporciones; cabe aclarar como lo contempla *El anuario de psicología jurídica de 2017* sin pretender dividir al 50% los tiempos de permanencia de los menores con sus padres. Ahora bien, aunque la separación puede generar consecuencias negativas para los menores, no siempre es así puesto en algunos generaría un cambio positivo en sus vidas, contrario sensu la afectación se produciría por los enfrentamientos entre los progenitores antes, durante y después de la separación o divorcio.

Por lo anterior señala *Fransson et al. (2015)*:

En un estudio con menores de 10 a 18 años, 391 con custodia compartida, 654 con custodia exclusiva y 3.639 de familias intactas, hallaron que la afectación psicoemocional era menor en los adolescentes que tenían custodia compartida en comparación con los que tenían custodia exclusiva. Estas diferencias no se explicaban por factores socioeconómicos o por la mala salud de los progenitores... Por su parte, el estudio de Hagquist (2016), en el que también se incluían familias intactas, encontró que el tipo de relación filio-parental se asocia en mayor medida con problemas psicosomáticos en los hijos que el tipo de custodia. Según Kelly (2007), el hecho de que los padres con pernoctas semanales participen activamente en la vida de sus hijos, realizando actividades relacionadas con la escuela y el ocio, conlleva numerosos beneficios para ellos, entre los que destaca el ajuste psicológico y conductual, así como el rendimiento académico. De esta manera, la custodia

compartida supone, en general, ventajas para todos los miembros de la familia, especialmente para los hijos... (Fariña et al., 2017, p.4).

Por lo anterior, vemos que estudios arrojan resultados benéficos cuando los hijos tienen la oportunidad de compartir tiempo valioso con sus padres, esto es la custodia compartida, resulta satisfactoria para los hijos, puesto es provechoso para ellos el disfrute de tiempo con ambos, lo cual ayuda a su desarrollo armónico, libre de traumas por la ausencia de alguno de sus progenitores, ese espacio de familiar entre los padres y los hijos incide en una mejor salud emocional para los menores.

10. PROPUESTA AL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Después del recorrido investigativo plasmado en este documento iniciando por un registro conceptual de lo que es custodia, más que darle una mera dimensión taxativa del concepto de custodia, lo que pretendo es entender sus connotaciones, y el tratamiento jurídico de la custodia compartida. Luego entré a examinar el sistema jurídico colombiano, segundo, la custodia compartida en el derecho comparado, en ordenamientos jurídicos de países como España, Puerto Rico, entre otros, y la custodia compartida desde la óptica interdisciplinaria: postura desde la psicología y psiquiatría, finalizando con la discusión que plantearé y la propuesta que daré de las ventajas y beneficios si se llegara a implementar la custodia compartida en el sistema Jurídico colombiano.

Por ejemplo en España la custodia compartida, se incorpora en la legislación con la *Ley 15 de 2005 del 8 de julio*, con ella se modificó el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, por tanto el artículo 99 del Código Civil español quedo así: “Se acordará

el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento...”(Ribera, 2005, p.3).

Por lo anterior, para la Abogada Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, profesora de derecho procesal de la Universidad Carlos III de Madrid en su obra: “*Nadie pierde: La guarda y custodia compartida*” donde desarrolla el artículo 92 del Código Civil destacando ciertas posibilidades o escenarios en que se presenta la ruptura de la convivencia entre los progenitores, escenario N°1: patria potestad exclusiva y custodia exclusiva, escenario N°2: patria potestad conjunta pero custodia exclusiva y escenario N°3: Patria potestad conjunta y custodia alterna. en consecuencia, lo que nos atribuye en esta investigación es el escenario N°3: *patria potestad conjunta pero guarda y custodia alterna*, puesto en ella se configura la novedosa figura jurídica conocida como **Custodia Compartida**, ya que tras la reforma del 2005 se comienza a regular en el ámbito nacional; para evitar finalmente la renuncia tácita de los progenitores a la educación, contacto, comunicación y relación en la vida de los menores, aun a pesar de que entre los padres haya cesado la convivencia.

Por otro lado, en pro del avance y respaldo en temas de Familia el 10 de Marzo de 2019 la presidenta de la *Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA)*, *María Dolores Lozano*, insistió en que el legislador debe crear una *Jurisdicción de personas, menores y familia* propia e independiente a la Civil, añadió el Ministro de Justicia Antonio Viejó refiriéndose al anteproyecto de la Ley de la familia infancia y capacidad que espera que se apruebe en la próxima legislatura en virtud que : “*La familia debe ser siempre el objetivo prioritario por cuanto es el primer escalón para evitar la violencia*”(Lozano, 2018, párr.4).

Como ya lo he mencionado la **custodia compartida** es una figura jurídica novedosa que se ha venido implementando en países como España y Puerto Rico, cuando hablo de novedosa me refiero a una postura actual y dinámica que da respuesta a la problemática familiar actual, pues

cotidianamente o por cultura cuando se trata de decidir sobre la custodia de los hijos tras el divorcio o la separación se piensa como primera opción a la madre o en otorgarla a uno de los progenitores, situación que no discrepo, sin embargo, sigo creyendo que en estos casos debe primar el interés de los menores en tener estrecha relación con ambos padres y a recibir afecto, además del derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, a ser educados por ambos padres; postura que defiendo al considerar que la custodia compartida proporciona mayor satisfacción en el desarrollo íntegro del menor.

No obstante, no quiere decir que en todos los casos se deba aplicar, puesto se presentarían escenarios en que por la seguridad e integridad del menor ante el abuso psicológicos y maltrato físico por parte de ambos o alguno de los padres, deberá priorizarse en la guarda e integridad del menor; lo que dará espacio a la aplicación de la custodia mono-parental; por lo anterior, lo principal es ser garantes de la integridad del menor y el máximo cumplimiento de sus derechos.

En el sistema jurídico colombiano, no hay ley que regule la custodia compartida, solo existió una propuesta de proyecto de ley de 2008 que no fue aprobado, sin embargo las altas cortes en 2018 se pronunciaron a favor de la misma, la Corte Suprema de Justicia en sentencia **STC-120852018 (25000221300020180018801)**, de septiembre 18 de 2018, y la Corte Constitucional en sentencia **T-384 del 20 de septiembre de 2018**, en pro del ejercicio de la custodia compartida en el que se señala que en virtud del interés superior del menor consagrado en la Constitución (Art. 44 C.P), la ley y en concordancia con las disposiciones establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006 art.14) sobre la responsabilidad parental como apéndice de la patria potestad estableciendo la responsabilidad compartida y solidaria de ambos padres para asegurar que los hijos puedan disfrutar el máximo de satisfacción de sus derechos.

Antes del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional solo se contemplaba la custodia mono-parental, ya que tras la ruptura matrimonial o separación

corresponderá a uno de los padres el ejercicio de la custodia por medio de acuerdo conciliatorio y si no llega a un acuerdo se tendrá que acudir ante el juez de familia quien decidirá finalmente. En conclusión, el régimen de custodia que está implementado en Colombia es el mono-parental o custodia exclusiva, solo hasta septiembre 2018 la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional reconocen la figura de custodia compartida.

Así las cosas, la Corte Constitucional en sentencia **T-384 del 20 de septiembre de 2018**, estableció que después del reconocimiento de la custodia compartida por la Corte Suprema de Justicia del 18 de septiembre de 2018 que la no existencia de regulación integral de la custodia compartida es una deuda legal del legislador, sin embargo dice la Corte Constitucional que las normas constitucionales permiten aseverar que la aplicación de la custodia compartida debe ser la **regla general** en estos procesos, puesto constituye la forma de garantizar el bienestar general del menor, por tanto será el operador judicial para el caso específico, de acuerdo con las pruebas y la opinión de los menores quien decidirá la aplicación del régimen de custodia más propicio para el menor.

Conforme a lo anterior, apreciamos el lento avance de la regulación de la custodia compartida en Colombia; contrario a lo que sucede en España que desde el 2005 existe ley que la regule y autoridades que la concedan, además actualmente se estudia la posibilidad de crear una jurisdicción de familia con independencia a la Civil, también en Inglaterra y Gales donde no se utiliza el término de Custodia sino el de responsabilidad parental, puesto se considera que es un término más amplio, debido a la ruptura en la convivencia de los progenitores se adoptan una serie de decisiones que van más allá de la fijación de la residencia, por otro lado en **Francia** el Código civil no utiliza el término de custodia, sino que viene a regularse es la residencia de los(as) menor(s) tras la ruptura matrimonial o convivencia en común, se estableció que:

En Francia se llegó a la conclusión de que la custodia mono-parental discriminaba tanto a la mujer como al hombre, así que para que esto no sucediera los progenitores debían ser responsables de la educación diaria de los hijos a través de la implantación de una guarda conjunta. Así, la ley de autoridad parental de Francia, vigente desde el 5 de marzo de 2002, elimina el concepto de custodia y establece que los cónyuges deben presentar un plan de coparentalidad de mutuo acuerdo, en lugar de que los tribunales decidan sobre el futuro de sus hijos (Universidad de la Laguna, 2016, p.10).

Por tanto, la Residencia Alternada, implica que tras la ruptura de vida en común de los padres, estos puedan de común acuerdo fijar el lugar de residencia de la o del menor, decisión que será sometida a aprobación judicial. Sin embargo, en los casos en que el convenio no garantice suficiente el interés del menor o que exista vicio en el consentimiento (no sea libre) de los progenitores constatado por el tribunal, puede denegarse el acuerdo.

Colombia a diferencia del Sistema Jurídico Francés en temas de custodia compartida contempla su aplicación teniendo como pilar el garantizar la supremacía de los derechos de los menores, contrario sensu a lo que sucede en Francia quienes en principio fundamenta el ejercicio de la custodia compartida para cesar la discriminación entre el padre y la madre, poniendo en marcha sus derechos y obligaciones, por tanto lo que se pretende garantizar es el derecho a la igualdad de los padres, una participación máxima en la vida de sus hijos, aplicándose la alternancia de residencia donde los padres se ponen de acuerdo en los periodos de tiempo en que pasara el menor con cada uno de ellos, así como se contempla en el artículo 373-2-9 insertado por la ley N° 2002-305 del 04 de Marzo de 2002 en el que se expresa:

En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos

respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la alternancia de residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos (Código Civil Francés, p.89).

Según lo establecido por el Código Civil Francés, en principio decidir uno de los domicilios de los hijos o la aplicación de la residencia alterna es por acuerdo de los padres, sin embargo en caso de desacuerdo será el juez quien determine de manera provisional residencia alterna para el menor.

Por otro lado, el Anuario de Psicología Jurídica arroja cifras en diferentes países en la aplicación de la custodia compartida como por ejemplo en países como: “Estados Unidos, Noruega, Francia, los países bajos o Australia la incidencia de la custodia compartida es baja entre el **10% y el 30%**”(Fariña et al., 2017, p.3). En el caso de Suecia es del **30% y el 40%** aun cuando las políticas de igualdad están bien instauradas, diferente a lo que pasa en Italia en donde la custodia compartida paso de aplicarse en un **15.4%** en 2015 a aumentar a un **72.1%** en 2007.

Posteriormente, diría que existen ventajas en la aplicación de la custodia compartida, ya que es más equilibrada y favorable para el menor y los padres, en medio de la perdida por la separación sería insensato someter al menor a una segunda, como lo es en algunos casos la ausencia emocional y física de alguno de los progenitores por la desintegración de la familia a causa del divorcio o el distanciamiento con sus hermanos, por lo que regularmente solo uno de los padres se encarga del cuidado de los hijos esto es la implementación de la custodia mono-parental, cabe aclarar que no estoy en contra de ésta clase de custodia, incluso pienso que excepcionalmente es seguro y benéfico para el menor cuando se presentan escenarios de maltrato físico, psicológico, abuso sexual y abandono, a causa de alguno de los progenitores.

Adicionalmente, describiré algunas ventajas de la custodia compartida que ayudaran a que los padres ejerzan sus derechos de manera equilibrada y que a los hijos se les garantice la máxima de sus derechos, por tanto resalto y me apoyo en lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia **T-384 del 20 de septiembre de 2018** en la que señala: “tales acuerdos de custodia compartida, que deberían convertirse en la **regla general**, se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes...”(Corte Constitucional, T-384, 2018). Así pues, considero que la custodia compartida genera bienestar en las familias siempre y cuando se entienda de la siguiente manera:

- 1) Siempre que la custodia compartida sea un instrumento jurídico para garantizar el interés superior del menor.
- 2) La custodia compartida se debe entender como aquella en que los padres se disponen para compartir el cuidado y la crianza de sus hijos dejando a un lado las diferencias que ocasionaron su divorcio o separación para lograr generar el ambiente más propicio para el desarrollo del menor(es).
- 3) la custodia compartida debe ser a petición de las partes, es decir voluntaria, en el que ambos padres estén dispuestos a ejercerla de manera responsable y consciente, además del acompañamiento de la autoridad competente que propicie los escenarios para la aplicación de la custodia compartida, involucrando conceptos psicológicos y psiquiátricos que se apoyan en un dictamen, también examinarla conveniencia para los menores al tener vínculos estrechos con ambos padres.
- 4) La inclusión de otras disciplinas como la psicología y psiquiatría mediante la cual se observaran las condiciones de salud emocional y mental de los padres con el fin de determinar la pertinencia en otorgar la custodia compartida. Además de analizar si es benéfico para el menor, tal como ya se señaló en la *Guía de pericias Psiquiátricas o Psicológicas del Instituto Nacional de*

Medicina Legal y Ciencias Forenses, la cual contiene lineamientos y recomendaciones en el ejercicio de la custodia, realizando una valoración del núcleo familiar en los siguientes aspectos: a) los lazos afectivos, b) la Personalidad, c) el desarrollo moral, d) estado mental de ambos padres.

Lo anterior, con la finalidad de proporcionar a la autoridad competente las herramientas determinantes para la configuración u otorgamiento de la custodia compartida, lo más importante aquí es definir si el cuidado compartido de los hijos es benéfico y no pone en peligro la integridad de los menores, su salud mental y psicológica, con ello se protege al menor y la familiar, asimismo tratar de minimizar las consecuencias negativas de la ruptura matrimonial, y lograr conseguir la máxima normalidad y paz en el ambiente familiar.

5) Para el ejercicio de la custodia compartida es importante la cercanía de los domicilios de ambos padres, así como lo ha dicho la Corte Constitucional debe existir una proximidad geográfica con el ánimo que no se interfiera en la estabilidad de las labores diarias de menor: como las escolares, recreativas y entorno familiar.

6) Es importante establecer cómo se va llevar a cabo el ejercicio de la custodia compartida, esto es el cuidado alterno que la caracteriza, entonces para ello podría plantear una custodia compartida en donde ambos padres tengan la disposición para participar en las labores diarias de sus hijos como por ejemplo: a) compartir en llevar y recogerlos al colegio, b) ayudar a la realización de sus tareas, c) tiempo de recreación, d) participar en las decisiones diarias e importantes para el menor, e) definir reglas de sana convivencia y valores, f) participar en la disciplina de los menores.

7) Los padres que acuerden participar en el cuidado y crianza de sus hijos(as) compartirán por mutuo acuerdo espacios y se organizaran para ayudar en la crianza, educación y cuidado de sus hijos, esto es acuerdan una libertad consiente en que cada uno de sus roles sean respetados e incluyentes, así los menores disfrutaran compartir al estar viviendo de manera alterna con ambos progenitores, con la intención que si alguno de los padres previo conocimiento del otro decide con

libertad los periodos en que el menor se quedara en casa con la madre o el padre; ya sean tiempos cortos, medianos o largos , siempre que ello no perturbe o interrumpa sus labores diarias evitando inestabilidad relevante que confunda al menor.

8) Para que el buen ejercicio de la custodia compartida sea exitoso en la convivencia, es importante que los progenitores se pongan de acuerdo en reglas de comportamiento, disciplina, normas en el hogar, horarios de estudios, educación con principios correlativos entre ambos hogares; buscando así propiciar la estabilidad emocional del hijo(a), puesto en la medida en que exista coherencia y correlación de criterios entre padres será más benéfico para los menores.

9) Para determinar, el cómo se llevaría a cabo la implementación de la custodia compartida me apoyaré en lo registrado en la fallida propuesta PROYECTO DE LEY No. 249 de 2008 SENADO “*Por medio de la Cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores*”. El cual determina en su artículo 2 que el régimen de custodia compartido se llevara por mutuo acuerdo, así lo expresa:

Éste régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplado en la ley 640 de 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de custodia Alternada más adecuado.... (Santos, 2008, p.1).

Sin embargo, cuando se establece en el proyecto de ley que la alternancia se hará de la siguiente forma: “el menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año...” (Santos, 2008, párr.6). Referente a lo anterior, discrepo en la manera como se plantea la alternancia, diría que aquí más que garantizar la comodidad de los padres lo que se pretende es garantizar la salud

emocional y física del menor, puesto la idea es que exista una libertad responsable para estar en constante interacción con sus dos padres.

En definitiva, propongo que la alternancia sea frecuente, por plazos cortos(semanal), medianos(mensual) y largos(semestral o anual) cuando fuere posible siempre que no altere el ritmo diario del menor, dependerá también de la proximidad geográfica y de la disposición, acuerdo entre los padres para ello, sustentado en que si existe una relación saludable entre los padres dispuestos a estar presente en la crianza del menor sería más benéfico que se les permita participar libremente, así ambos progenitores compartirían las labores de crianza, cuidado y disfrute, garantizando el máximo bienestar a su hijo(a) o hijos(as).

Así las cosas, considero que la manera para que se llegare a la implementar la custodia Compartida será mediante creación de ley por el Congreso de la República como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en **STC-120852018 (25000221300020180018801)**, de septiembre 18 de 2018, así pues la custodia compartida debe ser la regla genera como se expresó por la Corte Constitucional en sentencia **T-384 del 20 de septiembre de 2018** y no la excepción, ya que ésta garantizaría el máximo gozo de los derechos de los menores tales como: la salud física y emocional, la estabilidad, el cuidado, la crianza, recreación, a tener una familia y no ser separada de ella, guardando así la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (art. 44 C.P) como piedra angular en temas de custodia.

En conclusión, con la regulación de la custodia compartida se procura disminuir los impactos negativos en la salud física, psicológica, escolar y social, causados por el divorcio, como lo señala el Anuario de Psicología 2017:

En numerosos estudios se encuentra que los niños de padres divorciados presentan un riesgo elevado de padecer problemas de salud física, entre los que cabe destacar, la obesidad, el asma, la hipertensión, el cáncer, las enfermedades tipo coronario y la

enfermedad general, crónica y aguda. En este sentido, informa que el divorcio duplica el riesgo de problemas de ajuste emocional y también conductuales (Fariña et al., 2017, p.3).

Finalmente, la custodia compartida sería el mejor escenario para garantizar las condiciones afectivas y físicas del menor, siempre que los padres hagan el esfuerzo en ceder a sus intereses individuales y conflictos personales para proteger el bienestar del hijo(a), apoyándose en las instituciones del Estado y disposición del funcionario para mediar y conceder la custodia compartida.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente investigación titulada *La Custodia Compartida en Colombia*, un enfoque novedoso para la legislación colombiana, pero revolucionario y futurista principalmente por la legislación española, Puerto Rico y otras como Bélgica, Francia e Inglaterra, pues contemplan la custodia compartida como mecanismos garantista de la protección de los derechos de los menores en aras de su desarrollo pleno y armónico, garantizar una vida tranquila, un ambiente sano libre de agresiones psicológicas, físicas y emocionales, cuidado y amor, se convierten en el ambiente más propicio para formar hijos e hijas capaces de tener herramientas sólidas para salir de su confort familiar, preparados para enfrentar de manera independiente la vida. Ver la vida de adentro hacia afuera, lo que ellos sienten, lo que piensan, visionan, lo que creen de ellos mismos, aspectos suficientemente relevantes y determinantes para el desarrollo íntegro de los menores.

Por ello es tarea fundamental de los padres suministrar a sus hijos la atención, seguimiento, comunicación, el cuidado, y demás derechos y obligaciones que establece la Constitución y la Ley, pues de ellos dependerá la formación de los menores, aquellos que son maltratados, rechazados, olvidados, son propensos a convertirse en padres frustrados, que maltrataran a sus hijos. Por consiguiente, la importancia de que existan una relación entre padres e hijos, tanto los progenitores como los hijos tiene derechos a tener vínculos estrechos entre ellos.

Por ende, la custodia compartida es un sistema de alternancia que se presenta tras la ruptura, separación o divorcio de las parejas, modalidad legal que actualmente en el ordenamiento colombiano no se encuentra regulada pero que sin lugar a dudas, pretende y tiene como naturaleza la protección del menor, garantizándole su bienestar preponderante; así como lo establece la

Constitución Política en su artículo 44 inc.3: “los Derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Colombia, 2008). Padre y Madre son capaces de aislar sus diferencias utilizando el dialogo y deciden compartir su responsabilidad parental de manera responsable disponiendo de similar tiempo. Una relación basada en el respeto en presencia o no del menor, pensando exclusivamente en el bienestar de los hijos (as).

Bibliografía

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (2005). Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

Aramburu, I., Chato, M., Martín, B. y Pérez, R. (s.f). *Estudio de Derecho Comparado sobre la Regulación de la Custodia Compartida*. Recuperado de https://derechofamilia.com/articulos/estudio_custodia_compartida.pdf

Asamblea Nacional. (2002). La Custodia Compartida en Francia. Recuperado de [http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/cc752e6a223e8bc6c12576c7004a55f5/\\$FILE/Ley%20francesa.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/cc752e6a223e8bc6c12576c7004a55f5/$FILE/Ley%20francesa.pdf)

Asociación Aire. (2014, enero). La custodia compartida y la igualdad en las separaciones. *La verdad*, párr.1. Recuperado de <https://www.laverdad.es/murcia/v/20140120/cartagena/crean-asociacion-custodia-compartida-20140120.html>.

Ávila, R. (1 noviembre de 2009). Custodia de los hijos, una batalla de afectos. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elspectador.com/impreso/articuloimpreso169904-custodia-de-los-hijos-una-batalla-de-afectos>.

Cabrera, J. (s.f). *La custodia compartida en Colombia a partir de la constitución política de 1991 y el derecho comparado en España*. Recuperado de https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9796/Cabrera_Satizabal_Vargas_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Catalán, M., Begoña, M., De la Peña, S., Alemán, C., Aragón, V., García, M., Marín, C., Matas, A. y Soler, C. (2008). *La Custodia Compartida: Concepto, Extensión y Bondad de su Puesta en Escena. Debate entre Psicología y Derecho*. Recuperado de <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/102997.pdf>

Código Civil. (1887). *Crianza y Educación de los Hijos*. Bogotá: Legis.

Código Civil Español. (s.f). Recuperado de <https://www.notariosyregistradores.com/NORMAS/codigo-civil-11.htm#art92>

Código de Infancia y Adolescencia. (2006). Recuperado de <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf>.

Congreso de la República. (2001). Ley 640 de 2001. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Ley_640_de_2001_Colombia.pdf

Congreso de República. (2001). Ley 640 de 2001. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Ley_640_de_2001_Colombia.pdf

Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-384/18*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-384-18.htm>

Comisión de Derecho Humanos México. (2011). *Alienación Parental*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28806.pdf>

Constitución Política. (1991). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Regulacion_de_la_patria_potestad_Colombia.pdf.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niños. (1989). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Internacional_de_los_Derechos_del_Nino_Colombia.pdf

Cuartas, M. (2017). *La psicología jurídica. Una fuente interdisciplinaria del Derecho en Colombia*. Bogotá: Ediciones USTA.

Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948). *Preámbulo*. Recuperado de <https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm>

Divorcio fácil. (s.f). Recuperado de <https://www.divorciofacil.cl/tuicion-compartida/>

Fariña, Seijo, Arce y Vázquez, (2017). *Anuario de Psicología Jurídica* 2017.

Fernández, M. (2014). *La Custodia Compartida: Ventajas e inconvenientes*. Recuperado de <http://www.padresdivorciados.es/pdf/Mujeres%20Juristas%20Catalanas%20contra%20la%20Custodia%20Compartida.pdf>

Fernández, M. (2009). *Las nuevas Trampas del Patriarcado Contra el Avance hacia la Igualdad*. Recuperado de <http://donesjuristes.cat/web/documents/PONENCIA%20JORNADAS%20GRANADA.pdf>

Gierbolini, G. y Cano, L. (s.f) Consecuencia de la legislación y opción de la custodia compartida de menores en Puerto Rico. *Revista de Derechos Puertorriqueño*, 5.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2013). Patria Potestad. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000112_2013.htm

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia. 2010. *Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses sobre Patria Potestad (o Potestad Parental) y Custodia* (DG-M-Guía-12-V01). Recuperado de <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/40473/Gu%C3%ADa+para+la+realizaci%C3%B3n+de+pericias+psiqui%C3%A1tricas+o+psicol%C3%B3gicas+forenses+sobre+patria+potestad+y+custodia..pdf/e05b0f40-affb-ed38-68a7-bdf8b991a253>

Mestrot, M., Hualde, J., Laroumet, C. y Jacques, J. (2006). Código Civil Francés. Recuperado de [file:///C:/Users/Alejandro%20Restrepo/Downloads/Code_41%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Alejandro%20Restrepo/Downloads/Code_41%20(3).pdf)

Monterroso, E. y Rodríguez, M. (2011). *Análisis de la Regulación Legal de la Custodia Compartida tras la Separación y el Divorcio: Una Propuesta de Lege Ferenda*. Recuperado de <https://udimundus.udima.es/bitstream/handle/20.500.12226/60/Custodia%20CEFLegal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Muruaga, S. (s.f). *Custodia Compartida Obligada, otra forma de Violencia de Género*. Recuperado de <https://www.mujeresparalasalud.org/custodia-compartida-obligada-otra-forma-de-violencia-de-genero/>

Muruaga, S. (s.f). *Efectos de la Custodia Compartida en la salud de los hijos y las hijas*. Recuperado de <https://www.mujeresparalasalud.org/efectos-de-la-custodia-compartida-en-la-salud-de-los-hijos-y-las-hijas/>

Muruaga, S. (2010). *Relaciones de Pareja desde una Perspectiva de Género*. Recuperado de https://www.mujeresparalasalud.org/spip/IMG/pdf/La_Boletina_XXX_-_Relaciones_de_pareja_desde_una_perspectiva_de_genero.pdf

Red Judicial Europea. (s.f). Responsabilidad Parental. Recuperado de http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_bel_es.htm#9

Ribera, J. (2005). *La custodia compartida: Génesis del Nuevo art. 92 del Código Civil*. Recuperado de [file:///C:/Users/Alejandro%20Restrepo/Downloads/8434-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8515-1-10-20110531%20\(4\).PDF](file:///C:/Users/Alejandro%20Restrepo/Downloads/8434-Texto%20del%20art%C3%ADculo-8515-1-10-20110531%20(4).PDF)

Santos, G. (2008). *Proyecto de ley 249 de 2008 Senado*. Recuperado de <https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-senado-451461526>

Sanz, A.(2018).María Dolores Lozano, presidenta de Aeafa: Es urgente y absolutamente necesaria la creación de la Jurisdicción de Familia, propia e independiente a la Jurisdicción Civil. Recuperado de <https://www.abogacia.es/2018/02/20/maria-dolores-lozano-presidenta-de-aeafa-es-urgente-y-absolutamente-necesaria-la-creacion-de-la-jurisdiccion-de-familia-propia-e-independiente-a-la-jurisdiccion-civil/>

Sobrino, M. (2015). *Los Efectos de la Determinación Tardía de la Filiación*. Recuperado de https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000850.pdf

Universidad de la Laguna. (2016). La Custodia Compartida. Recuperado de <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/1954/LA+CUSTODIA+COMPARTIDA.pdf;jsessionid=4187F3B759197EBE612788768382AB8F?sequence=1>

Universidad de Sevilla. (s.f). Las Transformaciones del Derecho de Familia desde una Perspectiva de Género. Recuperado de https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/40650/Pages%20from%20Pages%20from%20Investigacion_Genero_103-681-1256-4.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Uribe, I. (2015). *Síndrome de Alienación Parental: Valoración Probatoria del Dictamen Pericial*. Tesis de pregrado publicada.Universidad de Antioquia.Medellín: Editorial L. Vieco S.A.S.

Valdés, A., Carlos, E., Urías, M. y Ibarra, B. (2011). *Efectos del Divorcio de los Padres en el Desempeño Académico y la Conducta de los Hijos*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/292/29222521006.pdf>

Zafra, R. (2018). *Nadie pierde: La guarda y Custodia Compartida*. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27225/nadie_zafra_2018.pdf

RESUMEN

La investigación titulada *La Custodia Compartida en Colombia*, un enfoque novedoso en la legislación Colombiana, principalmente por la legislación de España, Puerto Rico y otras como Bélgica, Francia e Inglaterra, contemplan la custodia compartida como mecanismo garantista en la prevalencia de los derechos de los hijos y su protección en aras de su desarrollo pleno y armónico, un ambiente sano libre de agresiones psicológicas, físicas y emocionales, cuidado y amor, se convierten en el espacio más propicio para formar hijos e hijas capaces de ser felices, preparados para salir al exterior de sus hogares, del confort familiar y enfrentar con madurez e independencia sus vidas. Ver la vida de adentro hacia afuera, lo que ellos sienten, lo que piensan, lo que visionan, lo que creen de ellos mismos, aspectos suficientemente relevantes y determinantes para el desarrollo íntegro de los menores.