



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA

**“ANÁLISIS DESDE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y
PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO COMPARADO”**

Rosario Duarte Gualdrón

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho
Bogotá, D.C., Colombia
2015

CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA

**“ANÁLISIS DESDE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y
PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO COMPARADO”**

Rosario Duarte Gualdrón

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho con énfasis en Derecho de Familia

Directora: Rosa Elizabeth Guio Camargo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho
BogotáD.C., Colombia
2015

“Donde reina el amor, sobran las leyes.”

Platón

Agradecimientos a mi esposo, mis hijos y a mis amigos quienes hicieron posible la materialización de este sueño; pero por sobre todo a DIOS a quien le debo todo lo que soy y lo que tengo.

RESUMEN

¿Es procedente conceder, en igualdad de condiciones a los padres separados, la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes? Para aportar a la comprensión de esta cuestión se complementó la aplicación de razonamiento práctico con técnicas de investigación documental, análisis comparado y estudio de casos. Tras su ingreso al derecho positivo en 1970, primero como opción *communi consensu* de cuidado y custodia de los niños, niñas y adolescentes, después impuesta como modelo dominante, hay aún divergencia de opiniones sobre la bondad del uso *extra consuetudinem* de custodia compartida, institución guiada por principios de interés superior del niño, prevalencia de los derechos, responsabilidad parental y corresponsabilidad, siendo oportuno analizar la conveniencia y la inconveniencia de reglamentar esta institución del derecho de familia en Colombia.

Palabras clave: custodia compartida; interés superior del niño; estabilidad emocional del niño; corresponsabilidad parental; alienación parental

ABSTRACT

Is it appropriate to concede, to separated parents, joint custody? In the direction of contribute to understanding of this issue, practical reasoning, documentary and comparative research and case studies on legal research which. Joint custody is granted flexibly if it is guided by principles such as the interests of the child, the prevalence of children's rights, responsibility and parental responsibility, but with the expansion of capitalism global type and change subsidiaries parental relationships, most states have regulated, being appropriate to analyze the convenience and inconvenience of regulating the application of this institution the right to family in Colombia.

Keywords: joint custody; the best interests of the child; emotional stability of the child; parental responsibility; parental alienation.

CONTENIDO

Pág.

RESUMEN	III
A modo de introducción.	5
1. EL INTERÉS SUPERIOR Y LA CORRESPONSABILIDAD.	10
1.1. El principio del interés superior del niño.	10
1.1.1. Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño (C.D.N.).	13
1.1.2. Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño.	14
1.2. El principio de corresponsabilidad.	15
1.3. Principio de responsabilidad parental.	15
1.3.1. La corresponsabilidad parental.	16
1.3.2. Debates sobre la custodia compartida.	17
2. LA CUSTODIA COMO DEBER DE PROTECCIÓN.	19
2.1. Normatividad.	19
2.1.1. Noción de patria potestad.	19
2.1.2. Guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes.	20
2.1.2.1. Cuadro 1. Términos utilizados en la jurisprudencia de algunos países para referirse a la custodia compartida.	21
2.1.3. Custodia monoparental y custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes.	22
2.2.4. La custodia compartida como régimen preferente.	23
2.2.4.1. Guardia y custodia compartida en España.	23
2.2.4.1.1. Cuadro 2. Distribución de la custodia de los hijos menores en casos de nulidad, separación y divorcio en España.	24
2.2.4.2. Custodia compartida en Italia <Affidamento congiunto>.	25
2.2.4.2.1. Cuadro 3. Frecuencia de la custodia compartida en casos de separación y divorcio en Italia.	26
2.2.4.3. Autoridad parental compartida en Francia.	28
2.2.4.4. Custodia compartida en Norteamérica (Canadá y Estados Unidos, con mención especialísima al Estado Libre Asociado de Puerto Rico).	29
2.2.4.4.1. Custodia compartida en Canadá.	29
2.2.4.4.1.1. En Canadá existen dos (2) tipos principales de Custodia.	31
2.2.4.4.2. Custodia compartida en Estados Unidos de Norte América.	31
2.2.4.4.3. Custodia compartida en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.	32
2.2.5. Custodia compartida en países latinoamericanos.	35

2.2.5.1. Guarda y custodia de los hijos menores en México.	35
2.2.5.2. Tenencia compartida en Argentina.	35
2.2.5.3. Tuición compartida en Chile.	36
2.2.6. Custodia de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.	37
3. CUSTODIA COMPARTIDA EN NUESTRA REALIDAD JURIDICA COLOMBIANA.	40
3.1. Desde el punto de vista de la Corte Constitucional.	40
3.2. Jurisdicción ordinaria- Especialidad Familia.	32
3.3. Proyectos de ley sobre custodia compartida en Colombia.	47
3.3.1. Cuadro 4. Proyectos de legislativos en materia del proceso de custodia, radicados en la Cámara de Representantes.	47
3.4. Encuestas practicadas a defensores, comisarios, psicólogos y procuradores delegados para la familia.	52
3.5. ¿El derecho de los niños a ser escuchados no es absoluto?	60
3.6. Virtudes y riesgos de la custodia compartida.	61
3.6.1. Virtudes de la custodia compartida.	62
3.6.2. Riesgos asociados a custodia compartida.	63
3.7. Síndrome de alienación parental.	64
3.8. Recomendaciones	65
4. CONCLUSIONES.	66
BIBLIOGRAFÍA.	68

A modo de introducción.

Cuando una pareja con hijos menores¹- en adelante niños, niñas o adolescentes²- o con alguna incapacidad³, decide anular el vínculo matrimonial, divorciarse o separarse, urge ponderar y arreglar razonablemente su cuidado y custodia, así como regularizar el ejercicio de la responsabilidad y la autoridad parental, pero pese a la diferenciación legislativa entre institución matrimonial y relaciones paterno-filiales establecida en algunos ordenamientos jurídicos, lejos se está de alcanzar consenso en lo referente a los criterios que soportan la decisión sobre el padre que después de la separación asumirá el cuidado y la custodia de los niños, niñas y adolescentes incluso sobre el tipo de custodia: ¿monoparental o compartida?

Actualmente, el modelo de custodia de los niños, niñas y adolescentes, es objeto de debate no sólo desde el ámbito jurídico; también es examinado desde la psicología y la psiquiatría. Y es que además de la tensión existente entre el modelo que impera en la práctica y el modelo que dictan normas recientes, la custodia compartida enfrenta problemas de indeterminación jurídica que merecen un estudio.

Contrario a lo que ocurre en países como Canadá, hay estados que aún carecen de regulación expresa sobre la custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes tras la separación de los padres; tal es el caso de Argentina y la mayoría de las comunidades autónomas de España. Y es que algunos ordenamientos jurídicos persisten en mantener lagunas, como la no definición de criterios para apoyar la ponderación de la medida, o la falta de armonización legislativa entre nociones, por ejemplo, la de patria potestad, autoridad parental, custodia, cuidado, domicilio y empadronamiento, entre otros.

De otra parte, Estados que optaron *extra consuetudinem* por la compartida como modelo dominante de custodia, enfrentan el reclamo de asociaciones de padres, psicólogos y trabajadores sociales, quienes exhortan a los jueces y tribunales a considerar los riesgos que puede traer este tipo de custodia para los niños, niñas y adolescentes, tales como la falta de puntos de referencia estables o la angustia psicológica que pueden enfrentar los niños, niñas y adolescentes, sujetos al cuidado compartido y alternado de padres en conflicto.

Para colmo, en la fase global del capitalismo, se incrementó el número de parejas integradas por padres que teniendo cada uno nacionalidad diferente, está domiciliado y

¹ En concordancia con el artículo primero de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, se entiende por niño a toda persona menor de 18 años de edad. Véase: Organización de Naciones Unidas. *Convención sobre los derechos del niño*, Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. En correspondencia, en este documento la palabra menor se utiliza para referirse a toda persona menor de 18 años.

² Ley 1098 de 2006.

³ LEY 1306 DE 2009. Art. 26

tiene hijos en un tercer Estado⁴, con lo que son más frecuentes los casos en los que debe regularse la custodia de niños, niñas y adolescentes que corren el riesgo quedar sometidos al cuidado alterno de padres con prácticas religiosas, educativas y culturales diferentes. De ahí, que los jueces y especialistas que evalúan las condiciones de los padres, deben sopesar múltiples variables, más allá de las asociadas a las dimensiones económicas y psicológicas.

La custodia compartida es un campo temático que por su alcance y repercusiones debe integrar el *Ius Cogens* que abone su armónica aplicación en el derecho internacional y la justicia de familia, es decir, es una temática que rebasa el ámbito local y regional. Como evidencia se analizan casos de la Unión Europea, donde sus estados miembros adoptaron la custodia compartida como modelo preferente, sin que ello se haya reflejado en un desarrollo armónico de regulación sobre esta institución del derecho de familia⁵, lo que dificulta la aplicación armónica de la medida.

En consonancia con lo anteriormente señalado sobre la custodia compartida, es claro que su estudio es oportuno y necesario. Urge comprender las virtudes y previsiones, así como los riesgos y oportunidades, ligados a la concesión de la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes a los padres separados y divorciados. El análisis comparado, el estudio de casos y la revisión de la doctrina son indicados para tal fin. Resulta entonces, que el desarrollo de una investigación sobre esta cuestión aporta argumentos certeros para ponderar la conveniencia de generalizar, forzar su dominancia y regular esta institución del derecho de familia⁶.

La aplicación del razonamiento práctico, insta a considerar prudentemente, aspectos culturales, religiosos, psicológicos y sociales de los padres y de los niños, niñas y adolescentes, además de las características del entorno, como criterios fácticos que superan el de igualdad de oportunidades y responsabilidades del padre y de la madre. De ahí, que la pregunta alrededor de la que giró esta investigación fue la siguiente: ¿Se consulta el interés superior del niño si en todos los casos se concede, en igualdad de condiciones a los padres separados, la custodia compartida de sus hijos niños, niñas y adolescentes?

Pregunta que no fue para nada arbitraria, ésta se asoció a una hipótesis de trabajo que surgió del conocimiento de diversos casos en los que existiendo consenso entre los padres, la observancia del interés superior del niño, niña o adolescente, indicaba la no

⁴ Véase el caso que es objeto de estudio en la sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-689/12 del 28 de agosto de 2012 [M.P. María Victoria Calle Correa].

⁵ Al respecto léase Altamira Gonzalo Valgañón. "Custodia compartida impuesta". En: *Themis*, segundo semestre 2011, pp. 5-12.

⁶ En cuanto relación jurídica de tipo filial, la custodia de los hijos está incorporada al cuerpo conceptual de los manuales de derecho de familia, véase por ejemplo: i) Augusto César Belluscio. Manual de derecho de familia. 10ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 792. ii) Marco Gerardo Monroy Cabra. Derecho de familia y de menores. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches, 1993, 569 páginas. iii) Martha Patricia Guzmán Álvarez. Guía Básica de Procesos de Familia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 78-80. Además, en la motivación de diferentes proyectos de ley a favor de la custodia compartida y, del interés superior del menor, se invocan derecho que están en relación con la familia, por ejemplo el derecho a la unidad familiar y el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella. Véase por ejemplo Guillermo Antonio Santos Marín. Consideraciones al proyecto de Ley No. 249 de 2008 Senado, citado más adelante.

conveniencia de otorgar la custodia compartida. Por esta razón, la hipótesis de trabajo se formuló así^{H_T}: Si se consulta el interés superior del niño, no en todos los casos resulta apropiado conceder, en igualdad de condiciones a los padres separados, la custodia compartida de sus hijos menores de edad.

La formulación de la hipótesis y su verificación se apoyaron en la aplicación mixta de métodos; en consonancia, primero se justificó la validez de formular hipótesis de trabajo en este tipo de estudio cualitativo, para lo cual se tomó como referencia a Raquel Borobia⁷ y a Roberto Hernández Sampieri⁸. Después, se diseñó y desarrolló la revisión documental, el estudio comparado y el estudio de casos. A lo largo de la investigación se esgrimió el razonamiento práctico.

Para estos efectos, se indagó la institución del derecho de familia conocida como custodia compartida, que desde 1970 ha venido abriéndose paso en la legislación de varios Estados. Ya que no todos los Estados hacen referencia expresa a esta figura en el derecho positivo, o la denominan utilizando otros términos cercanos, para examinarla en la legislación y la jurisprudencia de Estados diferentes fue necesario combinar técnicas de investigación documental, de comparación y de estudio de casos.

A efectos de establecer el estado de las investigaciones sobre custodia compartida se diseñó y desarrolló una investigación documental que obligó a definir de manera *ex ante*, categorías de análisis, fuentes de información y límites espaciales y temporales. Las categorías de análisis fueron además de la custodia compartida, principios tales como interés superior del niño, corresponsabilidad y responsabilidad parental.

Así, se revisó para cada ordenamiento la noción de cuidado y otras nociones relacionadas con el problema de investigación: tuición, guarda y cuidado personal, patria potestad, autoridad parental, alienación parental.

En cuanto a los límites espaciales y temporales, cabe decir que la revisión de literatura se limitó a estudios, ensayos, artículos originales y libros de autor, legislación y jurisprudencia publicados preferiblemente para la última década, en idiomas español, italiano o inglés.

En tanto institución del derecho de familia y modelo de tenencia de los niños, niñas y adolescentes de padres sin convivencia, la custodia compartida es objeto interdisciplinario de estudio, por ello se buscaron documentos que consideraban las distintas perspectivas. Para determinar la localización geográfica del estudio se consideró el hecho de que en algunos Estados, la custodia compartida está regulada y en otros no; que en unos es una

⁷ Raquel Borobia. "La hipótesis en estudios cualitativos. El caso de la inducción analítica en una investigación sobre adolescencia", en *Revista Pilquen*, No. 6, 2004, pp. 1-12.

⁸ Roberto Hernández Sampieri y otros. *Metodología de la investigación*, México: McGraw Hill, 2010, pp. 370-371. ISBN: 978-607-15-0291-9.

posibilidad y en otros es la opción preferente; por eso, se focalizó el análisis normativo en España, Italia, Francia, Canadá, Estados Unidos, Puerto Rico, México, Argentina, Chile y Colombia. El estudio de la custodia compartida se hizo sobre fuentes primarias y secundarias; así como también se accedió a bases de datos que reúnen estadísticas, jurisprudencia, legislación y normativa en Colombia.

Fueron fuentes primarias en la investigación las entrevistas realizadas a Jueces de Familia y a expertos investigadores vinculados a diferentes universidades de Colombia. También se accedió a datos de segunda mano, concretamente a las estadísticas sobre tipo de custodia otorgada en casos de nulidad, separación y divorcio en los países estudiados, aquí fueron consultadas las estadísticas del INE en España, del ISTAT en Italia, del INSEE en Francia y del DANE en Colombia.

Ahora bien, el estudio de casos en Colombia permite comprender fenómenos presentes en asuntos singulares y es una técnica ampliamente aplicada en la investigación jurídica⁹ ya que permite identificar similitudes y diferencias necesarias para conjeturar, ya sea en estudios descriptivos, correlacionales o comprensivos. Lo esencial de la aplicación del estudio de casos, es que éste deja ver, cómo dentro de un conjunto de posibilidades se opta por una concreta y que resulta de ello¹⁰; tiene la virtud, el estudio de casos, de permitir profundidad en los resultados¹¹. Al optarse por el caso como unidad de análisis hay dos opciones, primero, estudiar a profundidad un solo caso, lo que se conoce como estudio de caso único; segundo, estudiar varios casos para mediante la comparación identificar similitudes y diferencias. Para esta investigación se optó por el análisis de varios casos.

El ejercicio comparativo de la custodia compartida se orientó a establecer semejanzas y diferencias a través del análisis de los incidentes contenidos en las fuentes¹². Aunque el propósito de esta investigación no fue generar teoría, el análisis comparado permitió establecer similitudes y diferencias entre los términos guarda, custodia y cuidado. Además, la comparación sistemática del desenlace de casos de custodia compartida ocurridos en diferentes lugares y contextos, dejó identificar virtudes y riesgos de este modelo de custodia, superando con ello la lectura plana de enunciados legislativos. El patrón general de esta indagación se tomó de la obra sobre introducción a la lógica de Irving M. Copi y Carl Cohen¹³.

⁹ Lyombe S. Eko. *New Media, Old Regimes: Case Studies in Comparative Communication Law and Policy*, Estados Unidos: Lexington Book, 2012, pp. 29- 56, 169, 170. ISBN: 978-0-7391-6790-8.

¹⁰ Wilbur Schramm, citado por Lyombe s. Eko. En: Lyombe S. Eko. *New Media, Old Regimes: Case Studies in Comparative Communication Law and Policy*, Estados Unidos: Lexington Book, 2012, p. 54. ISBN: 978-0-7391-6790-8.

¹¹ Donatella della Porta y Michael Keating. *Enfoques y metodologías en las Ciencias Sociales: Una perspectiva pluralista*. Madrid: Ediciones Akal S.A., 2013, pp. 215-216. ISBN 978-84-460-3062-1.

¹² Antonio Trinidad Requena, Virginia Carrero Planes y Rosa María Soriano Miras. "Teoría fundamentada <Grounded theory>: la construcción de la teoría a través del análisis interpretacional", en *Cuadernos metodológicos* No. 37, 2006, p. 29-32.

¹³ Irving M. Copi y Carl Cohen. *Introducción a la lógica*. Segunda Edición, Editorial Limusa, 2013, pp. 626-642.

La primera parte del texto presenta los fundamentos teóricos (Capítulo 1) y normativos (Capítulo 2). El capítulo tercero presenta el producto jurídico de la investigación: las virtudes y riesgos de conceder a los padres separados la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes. El estudio de los casos escogidos y finaliza presentando conclusiones y recomendaciones.

El trabajo presentado se desprende de la investigación sobre cuidado y custodia compartida adelantada durante más de dos años en el marco de la Maestría en Derecho con profundización de Derecho de Familia de la Universidad Nacional de Colombia, bajo la tutoría de la profesora Rosa Elizabeth Guío Camargo.

El estudio de las condiciones bajo las cuales es procedente otorgar a padres separados la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes es una cuestión de gran relevancia para la jurisdicción de familia. El problema y el criterio priorizado para su análisis – el interés superior del niño, niña y adolescente- dejaron ver algunas de las tensiones y retos asociados a la implementación práctica y efectiva de los Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño al Derecho de Familia.

1. EL INTERÉS SUPERIOR Y LA CORRESPONSABILIDAD.

Se presentan en este capítulo de manera sucinta las unidades conceptuales y las nociones desde las que se identificó y analizó el problema de la procedencia de otorgar a los padres que no conviven la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes, así como los principios del interés superior del niño, de corresponsabilidad y de responsabilidad parental.

Es oportuno señalar que el uso preferente de los términos niño, niña y adolescente, como extensión del término menor ha resultado de la comprensión de las diferencias biológicas y psicológicas de cada persona acentuadas con la edad y el sexo. Como ya fue señalado a pie de página, en el artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño se anotó que niño es toda persona menor de 18 años de edad. Entre tanto, arreglos normativos internos, como el Código de Infancia y Adolescencia colombiano incorporaron enunciados definitorios diferenciales así: niño o niña es la persona entre 0 y 12 años y adolescente la persona entre los 12 y los 18 años de edad (Artículo 3° de la Ley 1098 de 2006).

Según el referente desde el que se fundamenta cada autor, en la literatura especializada son invocados principios diferentes para incoar la custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes. Así, desde España se proclaman: la igualdad real entre hombres y mujeres; la corresponsabilidad parental traducida en el reparto efectivo y equilibrado de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales; y el interés superior del menor. Otros autores, proponen fundamentar cualquier decisión sobre los niños, niñas y adolescentes, sobre el conjunto total de los derechos de los niños señalados en la Declaración de los Derechos del Niño¹⁴.

Actualmente varios estudios se dirigen a determinar si en todos los casos se consulta el interés superior del menor, otorgando a este documento un papel primordial. La investigación presentada en este documento otorgó especial atención a este principio, al que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, dedicó su Observación General No. 14, publicada en mayo de 2013.

1.1.El principio del interés superior del niño.

¹⁴ Yolanda López Díaz. *La custodia de los hijos en las parejas separadas. Conflictos privados y obligaciones públicas*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2014, página 33.

Un principio general del derecho moderno y un principio cardinal de los derechos del niño, niña y adolescente es el del interés superior del niño, incorporado de manera expresa en el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño que para 2008 sólo había dejado de ratificarse por dos países del mundo: Estados Unidos y Somalia¹⁵.

Con el advenimiento del siglo XXI en el ordenamiento normativo interno de diferentes naciones fue clara la alusión expresa al principio del interés superior del niño, así por ejemplo, la Ley 100 de 2003 que recoge el código de la niñez y la adolescencia de la República de Ecuador, señaló en su artículo 11 que éste es un principio orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y en consonancia, impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Se insta en este articulado a mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Se añadió además, que este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

Del mismo modo el Estado colombiano, en el Artículo 44 de la Constitución Política de 1991, recogió el principio del interés superior del niño, ampliando su desarrollo conceptual en sendas resoluciones de la Corte Constitucional. Así, en sentencia T-510 de 2003 la Corte Constitucional indicó que el principio del interés superior del niño debía guiar el ejercicio interpretativo que adelanta la autoridad cuando es necesaria su intervención por encontrarse dos o más intereses contrapuestos en casos concretos. El interés del niño siempre tendrá prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización con otros principios. Significa que los derechos e intereses de los padres, acudientes y demás familiares del niño, niña o adolescente, deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del niño; sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños¹⁶.

En la sentencia mencionada, la Corte describió algunos de los criterios jurídicos que permiten determinar el interés superior del niño en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas. Así: i) La garantía del desarrollo integral del niño, niña y adolescente; ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, iii) la protección del niño frente a riesgos prohibidos; iv) el equilibrio con los derechos de los padres, v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño y, vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

¹⁵ Gonzalo Aguilar Cavallo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, volumen 6, número 1, 2008, pp. 223-247.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-510 de 2003. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

Frente a la garantía del desarrollo integral del niño, niña y adolescente, señaló la alta corporación que era preciso, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Recordando que tal deber está consagrado desde el orden constitucional (art. 44, Const.Pol.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código de Infancia y Adolescencia).

El criterio jurídico de garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: 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. Sin embargo, no se agotan en éstos ya que los niños deben ser protegidos frente a riesgos prohibidos, abusos y arbitrariedades, manteniéndoles lejos de condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico: el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

El criterio de equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres orienta la toma de decisiones en casos de conflicto, implica que entre las alternativas de solución deberá optarse por la que mejor satisfaga el interés superior del niño. En la sentencia T-510 de 2003 la Corte Constitucional colombiana señaló que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución materializa su interés superior.

De lo que trata el acápite anterior es de mostrar la dificultad de trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar los derechos de los niños y los de sus padres y acudientes, y sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los de un niño, niña o adolescente. *Cada alternativa de solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso.* El ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del niño, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo. La sentencia en cita señaló que en ejercicio de su función protectora, es legítima la intervención del Estado en situaciones de conflicto de intereses a efectos de resguardar los intereses prevalecientes del niño en riesgo.

Sin embargo debe indicarse que no todo riesgo justifica la intervención del Estado. Indicó la Corte Constitucional colombiana el solo hecho de que el niño pueda estar en mejores

condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres. Para que se justifique la intervención del Estado, deben existir poderosos motivos adicionales que representen riesgos reales para el bienestar y el desarrollo del niño, niña o adolescente.

Se tiene, en suma, que la Corte Constitucional de Colombia denotaría que el *principio del interés superior del niño opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección* de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁷.

1.1.1. Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño (C.D.N.).

Tal como se mencionó en la introducción de este capítulo, en mayo de 2013, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante CDN) publicó su Observación General No. 14, *dedicada al interés superior del menor que definió como un concepto multidimensional: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento*¹⁸.

Cuando una disposición jurídica admite más de una interpretación, el interés superior del niño, niña o adolescente, en cuanto principio jurídico interpretativo fundamental, comporta elegir y aplicar aquella interpretación que satisface de manera más efectiva el interés superior del niño. Además, en cuanto norma de procedimiento, la aplicación de éste concepto, denota la necesidad de estimar de manera previa las repercusiones positivas y negativas que puede acarrear para el niño, niña o adolescente. De ahí, que la guarda de las garantías procesales se evidenciará en el registro del cuerpo argumentativo, los criterios y los considerandos, sobre los que se basó la decisión, incluida su respectiva ponderación. En suma, el carácter multidimensional del concepto impone su consideración primordial y sustentada de la forma en que se atendió el interés superior del niño.

Con la intención principal de aportar claridad, la Observación General N° 14 es su §32 que ratificó el carácter flexible y adaptable de este concepto, que deberá determinarse caso por caso; es decir, que en decisiones individuales, la situación particular de cada niño, niña o adolescente, en concreto determinará el interés superior. Del mismo modo, en las decisiones colectivas, sobre los niños, niñas y adolescentes, deberán considerarse las condiciones del grupo concreto.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-577 de 2011. [Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa].

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1). GE.13-44192. Mayo de 2013, 22 p.

El carácter primordial del interés superior del niño, la niña y el adolescente, es otro aspecto remarcado en la Observación General N° 14. Así, en la observación en cita, el Comité ubicó en la cima este derecho, principio y norma cuando declaró que "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no está al mismo nivel que todas las demás consideraciones. En casos de adopción y divorcio¹⁹, por ejemplo, el interés superior del niño, la niña o del adolescente es la consideración primordial – el factor determinante para la toma de una decisión.

En la Observación General N° 14 se indican dos pasos que deberían seguirse al evaluar y determinar el interés superior del niño, niña o adolescente. Primero determinar los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. Segundo, determinar y ponderar aplicando un procedimiento legítimo para el ámbito jurídico y del derecho.

Evaluar y determinar el interés superior del niño, niña o adolescente, impone fijar elementos, relaciones y criterios de ponderación aplicando procedimientos en los que se observen las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

En la mencionada observación, el Comité de Derechos del Niño concretó siete elementos que deben considerarse a la hora de evaluar el interés superior del niño, niña o adolescente: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar, el cuidado, protección y seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad, y los derechos del niño a la salud y a la educación. Estos elementos que deben equilibrarse según el contexto particular del niño en el momento concreto de la decisión, que debe estar abierta a la revisión y ajuste, atendiendo a los cambios del contexto en el que se desenvuelve el niño, niña y adolescente y a su propio desarrollo.

1.1.2. Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño.

La opinión del niño o el derecho del niño a expresar su opinión libremente se analizó en la Observación General N° 12 del CDN que se refiere expresamente al derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta de manera conveniente.

El derecho del niño a expresar su opinión y a ser escuchado complementa el interés superior del menor y garantiza su efectiva aplicación. Además de recalcar la relación entre estos derechos, en la Observación General N° 12, se establecen directrices metodológicas

¹⁹ Véase al respecto, § 29 de la Observación General N° 14.

para obtener y escuchar la opinión del niño y para garantizar su inclusión en todos los asuntos que le afecten.

El derecho del niño a expresar su opinión impone a sus cuidadores y a las instituciones el deber de consultar su opinión. En situaciones de separación o divorcio, corresponde a instancias públicas en materia de familia, evaluar y ponderar mediante pruebas periciales idóneas la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural, para determinar el progenitor más responsable e idóneo para asumir la custodia.

Es oportuno señalar, que la obligación de escuchar la opinión del niño, impone el deber de aplicar metodologías idóneas para obtener del niño su opinión.

1.2.El principio de corresponsabilidad.

Un principio cardinal de la custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes es el de corresponsabilidad, que Fabiola Lathrop Gómez²⁰ define como la responsabilidad conjunta del padre y de la madre sobre las decisiones trascendentales de sus hijos, independiente de su status marital o de pareja.

El principio de corresponsabilidad en las relaciones familiares ha sido ampliamente estudiado desde las ciencias sociales²¹. El alcance de este principio y el sentido que se le atribuye según los roles y débitos asignados al hombre y a la mujer en entornos culturales y sociales concretos, conlleva, no en pocos casos, a desplazar la corresponsabilidad a favor de la conciliación; ya sea para mantener la concordia en el ámbito de la intimidad familiar, o para armonizar el trabajo y la familia.

El derecho comparado deja ver casos en los que en aplicación de este principio motiva y justifica la decisión de otorgar la custodia compartida de los hijos menores de parejas separadas o divorciadas²².

La corresponsabilidad parental traducida en el reparto efectivo y equilibrado de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales²³; y

²⁰ Fabiola Lathrop Gómez. *Custodia compartida de los hijos*. España: La Ley, 2008, 582 p.

²¹ Teresa Castro, Teresa Martín, Martha Seiz y otros. Corresponsabilidad antes y después del Nacimiento del primer hijo en España. NIPO: 685-14-027-7. España: UNED, 2012, 65 p. disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/>.

²² Al respecto, véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la comunidad de Valencia, que otorgó custodia compartida a los padres separados de un niño, pese a que el padre había sido condenado por un delito de violencia de género contra la madre del niño. El Tribunal señaló que este hecho no entrañaba un "riesgo objetivo para los hijos o para el otro progenitor".

²³ Fabiola Meco Tébar. "La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor". *Comentarios a la STS*, No. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013,7873). *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, julio 2014, No. 18, pp. ISSN 2070-8157

1.3.Principio de responsabilidad parental.

Para facilitar la comprensión y la definición de acuerdos para el debido ejercicio de la patria potestad, varios estados han incorporado la noción de responsabilidad y de corresponsabilidad parental.

La Unión Europea aplica el término responsabilidad parental para referirse a los deberes y derechos ligados al cuidado del niño y de sus propiedades. En Alemania, por ejemplo, se entiende por responsabilidad parental “todos los derechos y obligaciones de los padres en relación con un niño”, aunque el término básico registrado en las fuentes del derecho de familia es el de custodia paterna <§1626 del Código Civil>.

Un derecho esencial de la responsabilidad parental es la custodia de los hijos. Los padres tienen la obligación y el derecho de custodia de sus hijos menores de edad. Esto cubre el cuidado de los niños el manejo de sus bienes, su actuación como representación. Responsabilidad de los padres también incluye los derechos de acceso y de la obligación de mantenimiento en relación con los niños.

1.3.1. La corresponsabilidad parental.

Las dinámicas socio familiares extendidas en occidente durante el siglo XX han permitido redefinir el espacio de lo conyugal y de lo parental, dando paso a nuevas nociones, como es el caso del principio de corresponsabilidad parental²⁴, que inicialmente buscó apoyar la superación de estereotipos de los roles del padre y de la madre frente a la crianza y socialización de los hijos.

Este principio se refiere a la igualdad de derechos y de deberes del padre y de la madre frente a los hijos y en la práctica se traduce en un reparto equitativo de derechos y deberes entre la madre y el padre del niño, niña o adolescente, sin que de modo alguno, esto derive en elusión de responsabilidades y en declinación del padre o de la madre. Al contrario, este principio reafirma el carácter compartido y conjunto de los derechos y los deberes sobre los hijos, aportando pautas acerca de la justa distribución de las responsabilidades frente a los hijos.

El derecho comparado dejó ver que el Código Civil chileno (Ley 20.680, publicada el 21 de junio de 2013) incluye el principio de corresponsabilidad parental como criterio rector de la actuación de los padres, cualquiera sea su situación de convivencia. En virtud de este

²⁴ Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. En: *Revista de derecho (Coquimbo)*, 2013, 20(2), pp. 21-59.

principio, corresponde a ambos padres, vivan juntos o separados, participaren forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

El principio de corresponsabilidad parental alienta, en casos de custodia compartida, el deber de asumir la responsabilidad común y la participación en la crianza y educación de los hijos tanto en la madre, como en el padre.

La incorporación del principio de corresponsabilidad parental deja claro que la responsabilidad de los padres, que es común, no cambia por el hecho de divorciarse o vivir separados y tampoco se altera por el régimen de cuidado personal de los hijos que se acuerde o establezca, con lo cual se armoniza el derecho positivo interno a las Observaciones del Comité de Derechos del Niño.

1.3.2. Debates sobre la custodia compartida.

Por regla general la gran mayoría de los casos, la custodia de los niños, niñas y adolescentes, luego de la ruptura, queda en cabeza de su señora madre, pero son muchos los debates que se han dado por los padres para que el cuidado de sus hijos también les sea compartido, ya que no quieren ser el papá ausente, sino poder compartir más con sus hijos, y no tener que verlos cada quince días, para así fortalecer su relación paterno filial, con esta modalidad de cuidado personal.

Con el decreto 2737 de 1989, se le otorgó facultades al Defensor de Familia para decidir la custodia, la cual se entregaría al pariente más cercano que se encontrara en condiciones de ejercerla, en caso de conflicto entre los padres o frente a su ausencia. El Código del Menor traía un Capítulo sobre la situación del menor abandonado o en peligro físico o moral, en su artículo 31 ²⁵ Un menor se encuentra en abandono o peligro cuando faltaban sus padres o existiendo no cumplían con sus obligaciones para con el menor, y era allí cuando el Defensor podía tomar las medidas para la protección de dicho menor. Art. 57, 70 y 71 de la norma en cita. ²⁶.

²⁵Art. 31 “Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, haya de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.”

²⁶ Art. 57. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos. **Art. 70.**¿Sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes, el defensor de familia podrá asignar provisionalmente la custodia o cuidado personal del menor a aquel de los parientes señalados en el Artículo 61 del Código Civil, que ofrezca mayores garantías para su desarrollo integral. **Art. 71.**¿De la diligencia de entrega del menor se elaborará acta, suscrita por el defensor de familia y las demás personas que intervengan en ella, en la que se harán constar las obligaciones y derechos que competen a quienes asumen la custodia del menor, así como las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las primeras.”

En los proyectos de ley propuestos como el del año 2008, se busca que la custodia se comparta por periodos iguales, y que la decisión sea de mutuo acuerdo, pero, si no es posible que sea el Juez el que tome la decisión, y que los meses pares los tome un padre y los impares el otro, que los alimentos los asuma cada padre cuando tiene a su hijo, mientras que los gastos extraordinarios sean cubiertos mitad y mitad.

Se busca por quienes están de acuerdo que los dos padres compartan el tiempo del hijo de manera equitativa, porque se afirma, si bien es cierto la custodia por ley se podrá ser otorgar a cualquiera de los dos padres, en Colombia el 95% de los casos la custodia se le otorga a las madres, según se afirma por la Campaña Nacional por la custodia compartida de los hijos.

Y si el caso es de mutuo acuerdo, no hay problema, ya hay varios casos regulados, pero han sido acuerdos frente al tema, es decir cuando los padres lo hacen de mutuo y sin controversia, repito si es de mutuo acuerdo, de manera contenciosa es difícil que un Juez de la República la otorgue.

Aún se está debatiendo el tema, no es una institución pacífica.

2. LA CUSTODIA COMO DEBER DE PROTECCIÓN.

2.1. Normatividad.

La intención de dar inicio a la descripción del estado de las investigaciones sobre custodia compartida, precisando para el ámbito jurídico los términos cuidado, guarda y custodia, condujo de manera reiterada a definiciones circulares y a la verificación del carácter indeterminado que mantienen estos términos en el derecho positivo. De ahí, que en concordancia con el juez español Francisco Serrano Castro, se aceptó que la práctica jurídica trata la custodia, la guarda y el cuidado del niño, como funciones que se integran al ejercicio de la patria potestad y que deben responder al interés superior del niño, niña y adolescente.

De otra parte, al configurarse como derecho y deber de la familia, de los padres y de los cuidadores, la custodia, la guarda y los cuidados de niños, niñas y adolescentes, son citadas cada vez con más frecuencia, no solo en la jurisprudencia civil sobre familia, sino también en jurisprudencia penal y en asuntos de derecho médico. Urge entonces diferenciar los términos, siendo pertinente partir de la diferenciación entre las nociones de patria potestad y de guarda, custodia y cuidado.

2.1.1. Noción de patria potestad.

Lo primero es señalar el carácter filiar de la patria potestad, definida por diferentes tratadistas con referencia en Marcel Planiol como derecho, facultad o autoridad, de los padres sobre los hijos infantes y adolescentes.

Muchos autores vinculan el origen de la noción de patria potestad al Derecho romano, aunque en escritos de Platón y de Aristóteles se han rastreado los antecedentes de esta institución en el Derecho griego ático, siendo de referencia a este respecto el trabajo de Ignacio Campoy Cervera.

Derivó precisamente de Aristóteles, la concepción de patria potestad en cuanto competencia para prescribir ordenes consonantes con el ordenamiento jurídico de la polis. Del mismo modo, Giambattista Vico, en su obra titulada Derecho Universal, refiriéndose al patrimonio, la herencia y la familia, anotó que “de la tutela de cada uno nace la patria potestad, como lo es el derecho de coerción sobre los hijos, con el que el padre protege a la familia”.

Actualmente, en ausencia de los progenitores o cuando la patria potestad no es ejercida por los padres, según lo establecido en el ordenamiento interno de cada país, por ejemplo en

Colombia la institución desaparece y solo resta la figura del cuidado y tenencia de los niños, niñas y adolescentes, la cual recae sobre la familia, las instituciones, la sociedad y el Estado.

La noción de cuidado permite deshilar los atributos de la patria potestad. Así, un atributo de la patria potestad que se muestra en la vida diaria es el derecho-deber de convivencia y cuidado. La jurisprudencia española concretó este atributo en el derecho de guarda y custodia, señalando que el padre que no convive con el hijo no se sustrae, automáticamente, de sus competencias y responsabilidades.

De otro modo, la patria potestad desborda la guarda y la custodia, ya que el padre no custodio sigue teniendo competencia sobre la administración y usufructo de los bienes del niño, su educación, formación religiosa, tratamiento médico, entre otros; atributos éstos, que están comprendidos en la noción de cuidado.

La doctrina legal alemana que también consideró el cuidado como un atributo de la patria potestad, allí se puntualizó que el cuidado significa asumir la responsabilidad sobre el hijo en un sentido amplio de protección. El Código Civil alemán refiriéndose al cuidado de la persona aclaró que éste incluye la educación y la supervisión.

2.1.2. Guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes

Como ya fue señalado, la custodia es un atributo inherente a la patria potestad, aunque el código civil y la jurisprudencia de algunos estados las tratan como independientes.

Además, la revisión de doctrina mostró que refiriéndose a los niños, niñas y adolescentes, el cuidado tiene atributos que lo diferencian de la noción de guarda y custodia que se refieren a la vigilancia y el resguardo directos del niño. Siendo oportuno aquí citar jurisprudencia, así:

“En la doctrina moderna se habla del derecho de guarda de los padres con un amplio concepto que comprende los tres medios esenciales de gobernar al hijo: la educación, la vigilancia y la corrección. Ahora, sin embargo, nos referimos exclusivamente al derecho y deber de los padres de tener en su compañía a los hijos”.

De otra parte, el custodio -padre responsable de la custodia- no está limitado a guardar y vigilar, éste ampara, protege y acoge; derivando esta relación en vínculo y apego. Al respecto es justo citar jurisprudencia portorriqueña reciente, donde refiriéndose al ejercicio de la paternidad responsable concretó:

“...este ejercicio conlleva demostrarle al hijo/a el amor genuino de un padre y una madre, brindándole compañía, supervisión y afecto, dedicándole tiempo; no a base de términos

fijos, sino de espacios suficientes para compartir en ocasión de enfermedad, tristezas, penas y alegrías, impartándole valores y participando de labores del quehacer diario, tales como: compra de ropa, visitas al médico, tiempo de estudio, de recreo, labores del hogar, actividades escolares y educativas”.

2.1.2.1. Cuadro 1.

Términos utilizados en la jurisprudencia de algunos países para referirse a la custodia compartida

País	Custodia compartida	Fuente que registra definición expresa
Argentina	Tenencia compartida	Artículos 206, 264 del Código Civil. Ley 23513 de 1987, Ley 26061 de 2005.
Canadá	Custodia legal conjunta	1997 Federal Child Support Guidelines under the Divorce Act
Chile	Tuición compartida	Ley 20.680 del 16 de junio de 2013.
España	Custodia compartida	Ley 15 de 2005
Estados Unidos	Custodia física conjunta	35 estados y un distrito tienen legislación expresa.
Francia	Guarda compartida	Artículos 372-2-11 y 373-2-12 del Código Civil
Italia	Custodia compartida	Artículo 6° de la Ley 898/1970
México	Guarda y custodia compartida	Código Civil para el Distrito Federal
Puerto Rico	Custodia compartida	Torres Ojeda versus Chávez Sorge, Ex Parte. 118 DPR 469. Ley No. 223-211

Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos de la revisión documental.

Actualmente, cuando ambos padres separados o divorciados, quieren o deben ser custodios, es viable optar por la custodia compartida, que según algunos expertos, para ser cierta conlleva a la convivencia periódica del custodio y de su familia con el hijo; hecho que por sus implicaciones debe ser objeto de cuidadoso análisis.

De otra parte, la revisión de la jurisprudencia de varios países evidenció que los términos utilizados para referirse a la custodia compartida, difieren de un país a otro. En el cuadro 1 se listan algunos de los términos y las fuentes normativas que los integraron al derecho positivo de estos países.

2.1.3. Custodia monoparental y custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes.

Desde una perspectiva amplia, el cuidado conjunto de los hijos menores es una práctica condicionada a factores culturales, étnicos y religiosos, con desarrollo diferencial en los ordenamientos jurídicos internos, registrando gran desarrollo legislativo y jurisprudencial en algunos estados y falta de referencia expresa en el derecho positivo de otros.

En cada ordenamiento jurídico, esta institución del derecho de familia se ha vinculado de manera diferente a las nociones de patria potestad y autoridad parental, superando poco a poco la mera definición de responsabilidades en el cuidado – costo y cuotas de custodia – para adentrarse en la definición de periodos de convivencia y pautas de atención, educación e instrucción.

La Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959, proclamó la Declaración de los Derechos del Niño que estableció como Principio que “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.

En tiempos recientes, una fuente esencial de doctrina en lo que respecta al cuidado de los niños es la Convención sobre los derechos del niño, instrumento que reconoce que las prácticas de cuidado responden a factores diferentes. Así, en el artículo 20 de la Convención se instó a los estados partes a garantizar, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para los niños.

“...Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de niños. Niñas y adolescentes. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Respecto al cuidado también es necesario considerar lo señalado en la Convención Americana de los Derechos del Niño, sobre el derecho de los niños, desde su nacimiento, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. Este tratado consideró el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del niño.

Se debe señalar que los tratados arriba citados no hacen referencia expresa a la custodia compartida de los hijos menores, pero sí al derecho a la unidad familiar y al interés superior del niño.

Se revisa en esta sección el tratamiento jurídico de la custodia compartida de niños, niñas y adolescentes en países de la Unión Europea, haciendo especial referencia a España, Italia y Francia, para respetar la tradición local de referenciarse en la doctrina dominante de estos países.

En todos los países de la Unión Europea, la madre tiene la responsabilidad parental automática de su hijo, como custodia monoparental, al igual que el padre casado. En la mayoría de los casos, los padres ejercen esta responsabilidad de forma conjunta. En cambio, las normas sobre los derechos y responsabilidades del padre no casado varían según el país.

2.2.4. La custodia compartida como régimen preferente.

Tal como evidencian los escritos de Platón, Sócrates y Vico, la patria potestad es una institución que permitió en Grecia y en Roma el surgimiento, primero de la aldea, después de la polis y finalmente de la república, y ya que la tradición de los tiempos antiguos fue otorgar la patria potestad al padre, la custodia honró esta práctica.

En tiempos modernos y en las culturas occidentales, la costumbre que imperó tras la separación y el divorcio fue distinta: otorgar la custodia de los hijos menores a la madre, aunque el padre podía disputarla siguiendo procedimientos contenciosos. Empero, las estadísticas evidencian que hasta la última década del siglo XX, en países europeos de arraigada cultura católica, la asignación contenciosa de la custodia paterna era excepcional.

En la última década del siglo XX y la primera del XXI, extra consuetudinem y haciendo eco a puntos de vista de algunos científicos sociales, en varios países europeos se impulsó la custodia compartida como modelo preferente, incitando a los padres a solicitarla *communi consensus*, o facultando a los jueces de familia a preferir esta opción cuando el modelo de custodia se gestionaba en proceso contencioso.

Esta situación conllevó a que en la práctica se establecieran diferentes fórmulas de custodia compartida según el lugar y tiempos de convivencia con cada uno de los custodios.

2.2.4.1. Guardia y custodia compartida en España

La revisión documental mostró que desde el 2005, se incrementó en España el interés por el estudio académico de esta figura, dando paso a la publicación de sendas revisiones jurídicas y normativas como las de Karen Lissette Echeverría Guevara, quien además de revisar la dinámica de la custodia compartida con su introducción al derecho positivo

español, propone un listado de circunstancias a ponderar para determinar las modalidades de la custodia compartida en España y el reparto de los tiempos de convivencia .

Desde una perspectiva práctica, Francisco de Asís Serrano Castro, con referencia en el análisis profundo de la jurisprudencia española, concluyó que en la praxis judicial la guarda y custodia compartida era poco implementada debido a la alteración sustancial de los hábitos del niño que debía cambiar periódicamente de domicilio, situación que inducía inseguridad e inestabilidad .

La revisión, para el periodo 2007-2012, de los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), permitió corroborar la tesis de juez español Serrano Castro sobre la baja implementación de la figura.

El cuadro 2, que presenta datos del INE sobre asignación de la custodia en el segmento de los casos de nulidad, separación y divorcio, donde había hijos infantes y adolescentes, deja ver que después de seis años de vigencia de la Ley 15/2006 en España persistió como modelo preferente la concesión de custodia a la madre, con un leve incremento de los casos en los que se otorgó custodia compartida. Se pasó de cerca del 5% registrado en 2007, al 14,6% alcanzando en 2012.

2.2.4.1.1. Cuadro 2

Distribución de la custodia de los hijos menores en casos de nulidad, separación y divorcio en España

Responsable de la custodia	2012	2011	2010
Madre	75,1%	81,6%	83,2%
Padre	9,7%	5,4%	5,7%
Compartida	14,6	12,2%	10,5%
Otros	0,6%	0,7%	0,6%

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Instituto Nacional de Estadísticas, España.

Se revisa ahora, el supuesto riesgo que la custodia compartida imprime sobre la estabilidad emocional del niño, según lo anotado supra por el juez Serrano Castro, no sin antes precisar que la norma española de 2005 (Ley 15/2005) no aportó previsión expresa de guarda y custodia, manteniéndose communis opinio la significación del Tribunal Supremo expuesta en sentencia del 19 de octubre de 1983, como la función que tiene los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.

Más adelante, el 7 de marzo de 2006, en desarrollo del derecho del niño a tener un domicilio administrativamente correcto, se adoptó la Instrucción 1/2006 sobre la guarda y custodia y el empadronamiento de los hijos menores. La instrucción en cita conminó a los padres y a los señores Fiscales a empadronar a los niños, niñas y adolescentes en un solo domicilio aún en casos de guarda y custodia compartida.

Empero, se mantiene en este país la falta de consenso sobre la aplicación de la custodia compartida. Sus detractores invitan a considerar la bondad de la práctica dominante y señalan que la noción misma de custodia compartida es inexacta. En este grupo están Luis Zarralugui Sánchez-Eznarraga, quien soportado en la noción de patria potestad, en varios escritos, invitó a aplicar el término alternar, en vez de compartir, porque es más justo.

Esta cuestión fue analizada en detalle por María Paz García y Marta Otero Crespo en trabajo publicado en febrero de 2006, donde las autoras recomendaron una enmienda legislativa a favor del término autoridad parental o responsabilidad parental.

Varias sentencias del Tribunal Constitucional de España y del Tribunal Supremo se han referido a esta institución, siendo lícito citar aquí lo declarado como doctrina jurisprudencial en STS 257/2013, donde el Tribunal Supremo español acordó que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil español debía fundarse en el interés de los niños, niñas y adolescentes, en concurrencia de criterios tales como:

- ✓ La práctica de los progenitores en sus relaciones con el niño o adolescente.
- ✓ Las aptitudes personales del niño, niña o adolescente.
- ✓ Los deseos manifestados por los niños, niñas y adolescentes competentes.
- ✓ El número de hijos.
- ✓ El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales.
- ✓ El resultado de los informes exigidos legalmente.
- ✓ Cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada.

En la misma sentencia 257/2013, el Tribunal Supremo español sentó como doctrina que la custodia compartida no era una medida excepcional y exhortó a considerarla normal y deseable, al permitir el goce efectivo del derecho que tienen los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible.

2.2.4.2. Custodia compartida en Italia <Affidamento congiunto>.

Aunque para el 2006, el modelo monoparental - donde prevalecía la custodia otorgada a la madre- seguía siendo el más frecuente en Italia, con la entrada en vigencia de la Ley 54/2006, que introdujo como modelo dominante la custodia compartida <Affidamento congiunto>, la situación cambió de manera drástica. Así, según estadísticas del ISTAT, en

1997 la custodia compartida se otorgó solo en el 2,8% de los casos de divorcio y separación, en 1999 pasó al 4% y en 2001 alcanzó el 9,4 %.

Con la reforma del 2006, que conminó a los tribunales a considerar en primer lugar la posibilidad de otorgar la custodia compartida, la relación entre custodia monoparental y custodia compartida se modificó drásticamente, el cuadro 3 registra este cambio.

De acuerdo a las estadísticas, es oportuno anotar que siguió reduciendo el número de casos en los que después de la separación o el divorcio, la custodia se otorgó al padre. Así, en el año 2000 en el 4,6% de los casos de separación la custodia se otorgó al padre, reduciéndose al 1,1% en el 2009. En los casos de divorcio la situación fue similar, se pasó del 6,6% en el 2000, al 2,4% en el 2009.

2.2.4.2.1. Cuadro 3.

Frecuencia de la custodia compartida en casos de separación y divorcio en Italia

Tipo de ruptura / Año	2005	2006	2007	2008	2009
Separación	15,4%	38,8%	72,1%	78,8%	86,2%
Divorcio	11,6%	28,0%	49,9%	62,1%	68,5%

Fuente: Elaboración propia con base en datos del ISTAT, Italia.

En Italia, el instituto de la custodia compartida, fue legislado desde el artículo sexto de la Ley 898/1970, que había señalado al Tribunal, que cuando se considera servir a los intereses del niño, incluso en relación con el periodo de la misma, se podía pedir la custodia compartida o alterna. La norma en cita señaló que la custodia compartida consistía en el ejercicio de la responsabilidad parental por ambos padres, de acuerdo a una orientación común en la educación y cuidado del niño.

Según la tradición antigua el artículo 155 del Código Civil señalaba, como regla general, que los hijos menores de parejas separadas o divorciadas seguían bajo la custodia de uno de los padres, quien tenía en él la facultad exclusiva.

Con la reforma del 2006, la nueva legislación estableció el derecho del niño, incluso en el caso de separación de los padres, a mantener un equilibrado y continuo trato con cada uno de ellos para recibir atención, educación e instrucción de ambos y mantener relaciones significativas con los ancestros y familiares de cada rama de crianza. La norma en cita está armonizada con el artículo 30 de la Constitución italiana que indicó el deber y el derecho de los padres de apoyar y educar a sus hijos, incluyendo a quienes nacen fuera del matrimonio.

La revisión de la legislación italiana muestra un panorama más claro frente a la participación y responsabilidades de ambos padres en la gestión de la crianza de los hijos, aún en caso de separación y divorcio. Empero, la jurisprudencia registra algunos puntos que son objeto de conflicto.

Si bien, antes del 2006 la doctrina ya consideraba el interés superior del niño, y daba la posibilidad de optar por custodia monoparental o compartida, el debate fuerte de dio en lo referente al supuesto de idoneidad de ambos padres para continuar gestionando la vida del niño, mientras cualquier medida de custodia monoparental, ahora debía ser debidamente motivada. Es decir, a partir del 2006, se supone normal la custodia compartida y excepcional la custodia en cabeza de uno sólo de los padres.

Es justo aquí citar casos en Italia, como el que fue objeto de análisis por la Suprema Corte de Casación en Sentencia No. 2151/2012 en el que se mantuvo el concepto previo que otorgó custodia compartida aunque: a) había conflicto entre los padres; b) el padre y los abuelos paternos llevaban tres años sin participar de la atención, educación e instrucción de los niños, c) éstos habían manifestado su rechazo hacia el padre; d) la madre había solicitado custodia monoparental.

En este caso, la Suprema Corte de Casación sentenció que: "... el conflicto existente entre los dos cónyuges no podía por sí mismo, ni en abstracto, ni concreto, justificar la excepción al régimen de custodia compartida porque el mismo se consideró más adecuado para reequilibrar la distribución del papel de los padres a favor de los intereses de los niños menores de edad". Esta misma Corte, en Sentencia No. 12308/2010, en un caso de conflicto exacerbado entre los cónyuges, dispuso en contrario, "... el Tribunal puede disponer de la dependencia de los servicios sociales, con el fin de asegurarle al niño, niña y adolescente, condiciones de vida adecuadas a su edad y a sus recursos mentales, cuando éste se encuentre en una situación de angustia psicológica grave como consecuencia de la dureza del desacuerdo existente entre los cónyuges...".

En 2011 la Corte Suprema de Casación también se había pronunciado a favor de la custodia monoparental en cabeza de la madre, que había sido otorgada por una Audiencia Territorial basando su razonamiento en el trato hostil y pleitista del ex esposo y de la familia de éste hacia su ex esposa; esta situación fue considerada por esta corporación como perjudicial para el desarrollo psicológico del niño, niña y adolescente, pues en caso de mantenerse la custodia compartida, el niño hubiese tenido que adaptarse a dos tipos diferentes de familia, una de ellas hostil con su progenitora. El ex esposo había apelado ante la Corte Suprema de Justicia la decisión de los tribunales inferiores (Tribunal de Apelación de Brescia) a favor de la custodia en cabeza de la madre, luego de que ésta había apelado la custodia compartida otorgada inicialmente por el Tribunal de Cremona.

Además de recoger la doctrina sentada en estas sentencias, la revisión jurisprudencial especialmente de Italia como es este caso, permitió observar dos de los riesgos del modelo adoptado en Italia mediante Ley 54/2006: a) la innecesaria congestión de las altas cortes, que deben conocer casos debidamente resueltos por tribunales territoriales; b) el riesgo de estrés psicológico al que se expone el niño, cuya vida diaria queda sometida a la gestión de dos padres o dos familias que están en conflicto, según mi criterio.

2.2.4.3. Autoridad parental compartida en Francia.

En Francia, la institución de la patria potestad, va de la mano de la custodia y el cuidado de los hijos como un atributo de la misma y en términos generales, si existe consenso, se reglamenta al tiempo con el divorcio o sino, el Juez de instancia la concede previos análisis pormenorizados de las circunstancias teniendo en cuenta la opinión de los menores la edad, sus necesidades, la capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades del niño, la relación entre el niño y cada padre, la relación entre el niño y la familia, la estabilidad del niño, la salud física y mental del niño, la salud física y mental del padre que quiere obtener la custodia, la disponibilidad de cada padre, estilo de vida de los padres, si ellos afectan directamente al niño, la situación de los hermanos y hermanas para evitar ser separados, la voluntad de los padres que el niño mantiene una relación con el otro padre, criterios similares a los que se tienen en cuenta en Colombia.

En relación a la custodia y la autoridad parental sobre los hijos en padres que se separan se legisló en 1970 favoreciendo al padre, en 1975 favoreciendo a la madre y últimamente, en 2002, se reglamentó la opción de otorgar la residencia alterna de los hijos en casos de custodia compartida. En general se habla en Francia de custodia y patria potestad exclusiva cuando el niño, niña o adolescente pasa más de 219 días del año (más del 60%) con uno solo de los padres, y se habla de custodia y patria potestad compartida cuando el niño permanece entre el 40% y el 60% del año con cada padre. Las estadísticas obtenidas para el caso francés corresponden al año 2007 y son: el 76,8% de los casos de custodia otorgada a la madre, 7,9% al padre y 14,7% compartida.

Los riesgos y desventajas de la custodia compartida tal como está reglamentada en Francia, ha sido objeto de minucioso examen, ya que participan de la evaluación previa de condiciones para su aplicación, además de los padres y jueces, psicólogos, trabajadores sociales y psiquiatras, quienes requieren de criterios para evaluar adecuadamente la opción por esta modalidad de custodia ideal en el papel, pero complicada para los padres y traumática para niños menores de seis años, quienes pueden enfrentar perturbaciones en el apego hacia su madre o hacia su padre, miedo a quedar solos y frustración.

Según señaló el Ministerio de Justicia de Francia en informe de 2007 sobre ejercicio de la autoridad parental después de la Ley del 4 de marzo de 2002, en el 98% de 2306 casos de divorcio, la patria potestad siguió siendo ejercida por ambos padres, 39 madres y dos padres asumieron la custodia monoparental . En el caso de separaciones la situación es distinta, reportándose estudios que indican que en el 40% de los caso de separaciones, los hijos rara vez veían la padre.

2.2.4.4. Custodia compartida en Norteamérica (Canadá y Estados Unidos, con mención especialísima al Estado Libre Asociado de Puerto Rico).

En esta sección se describe de manera sucinta el tratamiento en el derecho positivo de la custodia compartida en Canadá y en Estados Unidos, haciendo énfasis en la situación que se presenta en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

La especial referencia al desarrollo jurídico de la custodia compartida en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico se fundamenta en la posibilidad profundizar en el manejo de esta figura en un ordenamiento que toma elementos del derecho civil español, a la vez que sigue alguna doctrina estadounidense, para aplicarla a una nación de cultura latinoamericana.

Cabe anotar que en estados Unidos y en Canadá se usan los términos custodia legal conjunta y custodia física conjunta, tratada indistintamente en la literatura académica. En Canadá, la referencia expresa a la custodia compartida se encuentra en el 1997 Federal Child Support Guidelines under the Divorce Act, texto que señaló que la custodia legal compartida era un acuerdo en el que los hijos de parejas divorciadas pasaban mínimo el cuarenta por ciento del tiempo viviendo con cada padre.

En los Estados Unidos, la custodia física conjunta es el término más común para la custodia compartida que también es definida como un acuerdo en el que los padres comparten la responsabilidad de las decisiones importantes en la vida de sus hijos (como los que rodean los tratamientos médicos y la educación), sin consecuencias para la colocación residencial del niño.

2.2.4.4.1. Custodia compartida en Canadá.

En el periodo comprendido entre 1986 y el 2002 la custodia compartida pasó en Canadá del 1,2% al 41,8 %, mientras en el mismo periodo la custodia en cabeza de la madre se redujo del 71,95% al 49,5% y en cabeza del padre del 15,3% al 8,5%.

El cambio drástico en las estadísticas se debió a la incorporación de la noción de custodia legal compartida que otorgó a ambos padres separados el derecho a decidir sobre los asuntos importantes de la vida de un niño, esto es: la elección de la escuela a la que iba el niño, la selección de un tratamiento médico adecuado y la orientación religiosa, entre otros, sin que ello conllevara a que el hijo compartiera igual tiempo con cada padre.

Desde el 2011 se radicó el proyecto de ley conocido como Bill 16 Law, que detalló las responsabilidades de los padres para con sus hijos infantiles y adolescentes así:

- ✓ La toma de decisiones del día a día que afectan al niño y que tengan relación con el cuidado, control y supervisión del niño en el día a día;
- ✓ La toma de decisiones sobre el lugar en el que el niño va a residir;
- ✓ La toma de decisiones, respecto a con quien el niño vive y se relaciona;
- ✓ Tomar decisiones sobre la educación y la participación en actividades extracurriculares del niño, incluyendo la naturaleza, extensión y localización;
- ✓ La toma de decisiones respecto a la formación cultural, lingüística, religiosa y espiritual y el patrimonio del niño, incluyendo, si el niño es un niño aborigen;
- ✓ Sujeto a la sección 17 de la Ley de la infancia, dar, denegar o retirar el consentimiento a los tratamientos médicos, dentales y otros relacionados con la salud del niño;
- ✓ La solicitud de un pasaporte, licencia, permiso, beneficios, privilegios para el niño;
- ✓ Dar, denegar o retirar el consentimiento por el niño, si se requiere el consentimiento;
- ✓ La recepción y respuesta a cualquier aviso de que un padre o tutor tiene derecho o requeridas por la ley para recibir;
- ✓ La solicitud y recepción por parte de terceros de información sobre la salud, educación u otra información respetando el niño; sin perjuicio de cualquier legislación provincial aplicable, defender, comprometer ni conciliar cualquier procedimiento relacionado con el niño, y
- ✓ Proteger los intereses legales y financieros del niño;
- ✓ El ejercicio de cualquier otra responsabilidad razonablemente necesaria para fomentar el desarrollo del niño.

La Ley de Familia que entró en vigencia en marzo de 2013 definió las relaciones paternofiliales, así como los derechos y deberes de los tutores de los niños, niñas y adolescentes, entendiéndose como una custodia compartida en cuanto a las obligaciones, deberes y derechos de los padres y de los niños.

2.2.4.4.1.1. En Canadá existen dos (2) tipos principales de Custodia:

Custodia Exclusiva. - donde el padre que tenga al niño tiene derecho a tomar decisiones libremente sobre todo lo que tenga que ver con su vida; por ejemplo, salud, educación, orientación religiosa, SIN DERECHO del otro padre a tomar decisiones por su hijo; simplemente informar de lo que se decidió el padre con arreglo de custodia exclusiva.

Custodia Conjunta. - En este caso, los dos padres tienen derecho a participar en todas las decisiones que deban tomarse acerca de la vida del niño, salud, educación, orientación religiosa; todo tiene que ser trabajo conjunto. Si las autoridades se enteran que los padres no llegan a acuerdos o si existe abuso no hay mucha posibilidad que el Tribunal conceda la custodia conjunta y no se entiende como custodia compartida que el niño pase un tiempo equivalente con cada uno de sus padres.

De otro lado, mientras el Tribunal decide un arreglo definitivo de custodia es común otorgar la custodia interina a uno de los padres y se manifiesta, que esa custodia temporal es muy importante porque las autoridades casi siempre continúan con el arreglo que ya está funcionando para el niño.

2.2.4.4.2. Custodia compartida en Estados Unidos de Norte América.

La custodia compartida como opción preferente es política pública en 35 de los Estados de la Unión, los que además del Distrito de Columbia cuentan con legislación expresa de la joint custody.

Se cita como evidencia el Código 16-911 del Distrito de Columbia que estableció una presunción refutable de que la compartida, es el tipo de custodia que responde al mejor interés del niño, excepto cuando un funcionario judicial encuentre la evidencia de un delito intrafamiliar, un caso de abuso hacia niños, niñas o adolescentes, un caso de negligencia infantil, o el secuestro parental.

Los criterios para la ponderación del interés superior del niño y determinar la custodia conjunta o exclusiva en el Distrito de Columbia también se definieron en el Código 16-911, así: incluyendo, pero no limitado a: la disposición de los padres para compartir la custodia, la sinceridad de la petición de cada padre, la capacidad de los padres para apoyar

financieramente un acuerdo de custodia, el impacto sobre la Ayuda a Familias con Hijos Dependientes y asistencia médica y el beneficio para los padres.

En el Estado de la Florida por ejemplo, la norma indicó que para asegurar que cada niño tenga un contacto frecuente y continuo con ambos padres después de la separación o la disolución del matrimonio, la política pública de este estado, era animar a los padres a compartir los derechos y las responsabilidades de crianza de los niños. Por eso la norma dictó que el tribunal ordenará que la responsabilidad parental sobre un niño, niña o adolescente sea compartida por ambos padres a menos que el tribunal considerara que la responsabilidad compartida de los padres sería perjudicial para el niño.

Cabe anotar que en el estado de la Florida, al igual que en otros estados de la unión, la custodia de los hijos tiene dos aristas: el derecho a tomar decisiones sobre el niño, conocida como custodia legal y el derecho a convivir con el niño, conocida como custodia física.

Como se puede anotar, la custodia en Estados Unidos de Norteamérica, es legal y física.

Custodia Legal. - Que es la autoridad para la toma de decisiones sobre todo lo que tenga que ver con los niños y, por tanto, son definidos por un solo padre así esté con el otro, mientras que en la

Custodia Física. - Conlleva a la mera residencia con uno de los padres, mientras que las decisiones las toma el otro padre.

Si hay un padre que tiene los derechos de toma de decisiones y de residencia, se reconoce como custodia completa, que es otorgada mediante la apertura de un proceso o como consecuencia de un divorcio, una nulidad, o separación legal; también por restricción por violencia doméstica.

2.2.4.4.3. Custodia compartida en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico

En el Estado portorriqueño la doctrina dominante sobre la patria potestad y la custodia de los hijos se registran en el Código Civil de 1930 y en la jurisprudencia, siendo de especial referencia la doctrina sentada en el caso Torres Ojeda versus Chávez Sorge Ex Parte 118 DPR 469 del 9 de Marzo de 1987 citado supra, donde la custodia se definió como la tenencia o control físico que tiene un progenitor sobre sus hijos no emancipados; custodia que en ese caso le fue concedida a la madre del menor.

Tras un amplio debate, se decidió complementar la reglamentación de la medida adoptando, en 2011, la Ley Especial 223 denominada “Ley Protectora de los Derechos de los menores en el Proceso de adjudicación de Custodia”.

La Asamblea Legislativa de Puerto Rico decretó que la política pública del Gobierno de Puerto Rico era la promoción de la Custodia Compartida y de la corresponsabilidad sobre los hijos.

La anterior decisión implicó la consideración de la custodia compartida como la primera alternativa en casos de separación o divorcio, así como la promoción de la participación activa de ambos progenitores en las actividades de los hijos, en el mayor grado posible. Lo anterior siempre que se ajuste al mejor bienestar del niño, niña o adolescente.

El artículo tercero de la citada Ley definió la custodia compartida como la obligación de ambos progenitores, padre y madre, de ejercer directa y totalmente todos los deberes y funciones que conlleva la crianza de los hijos, relacionándose con éstos el mayor tiempo posible y brindándoles la compañía y atención que se espera de un progenitor responsable; lo que no implica necesariamente que en la Custodia el menor tenga que pernoctar en el hogar de cada uno de sus padres, solo es necesario que se relacionen en forma amplia y en el mayor grado posible con el menor.

El artículo séptimo de la Ley 223-2011 definió los criterios que deberán considerarse en la adjudicación de custodia; los que se listan a punto seguido, no sin antes aclarar que no será obligatorio fijar la custodia compartida en los tribunales, pues siempre deberá actuarse en beneficio del niño, niña o adolescente.

- ✓ La salud mental de ambos progenitores, así como la del hijo(a) o hijos(as) cuya custodia se va a adjudicar.
- ✓ El nivel de responsabilidad o integridad moral exhibido por cada uno de los progenitores y si ha habido un historial de violencia doméstica entre los integrantes del núcleo familiar.
- ✓ La capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades afectivas, económicas y morales del niño, tanto presentes como futuras.
- ✓ El historial de cada progenitor en la relación con sus hijos, tanto antes del divorcio, separación o disolución de la relación consensual, como después del mismo. 5) Las

necesidades específicas de cada uno de los menores cuya custodia está en controversia.

- ✓ La interrelación de cada niño, con sus progenitores, sus hermanos y demás miembros de la familia.
- ✓ Que la decisión no sea producto de la irreflexión o coacción.
- ✓ Si los progenitores poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente.
- ✓ Los verdaderos motivos y objetivos por los cuales los progenitores han solicitado la patria potestad y custodia compartida.
- ✓ Si la profesión, ocupación u oficio que realizan los progenitores impedirá que funcione el acuerdo efectivamente.
- ✓ Si la ubicación y distancia de ambos hogares perjudica la educación del niño, niña o adolescente.
- ✓ La comunicación que existe entre los progenitores y la capacidad para comunicarse mediante comunicación directa o utilizando mecanismos alternos.
- ✓ Cualquier otro criterio válido o pertinente que pueda considerarse para garantizar el mejor bienestar del niño, niña o adolescente.

La lección que ha recogido el legislador portorriqueño es que el 76% de las parejas que inician un proceso de divorcio gestionando por la custodia compartida como primera opción, terminaron reconciliándose. Esta estadística indujo al legislador a considerar que esta práctica coadyuva a preservar la unidad familiar.

Debemos no perder de vista que la Política Pública de la Custodia Compartida (Ley 223 de 2011), en el Estado Asociado de Puerto Rico no es un imperativo legal, pues en aquellos casos en que se demuestre que alguno de los progenitores no reúne todos los requisitos que establece la ley no otorgará la Custodia Compartida, ya que los Tribunales solo deben actuar en beneficio de los menores, teniendo en cuenta indagar y si hay una actuación “frívola e infundada” de alguno de los progenitores que obstaculicen que el otro pueda disfrutar de la Custodia Compartida, inclusive si se encuentra capacitado totalmente la concederá al más apto aclarando que en este Estado la Custodia NO hace tránsito a cosa

juzgada, toda vez que se busca el mejor bienestar del menor y las circunstancias de los padres pueden variar.

2.2.5. Custodia compartida en países latinoamericanos.

2.2.5.1. Guarda y custodia de los hijos menores en México.

El Código Civil para el Distrito Federal adoptado en mayo 28 de 1928 en los capítulos referidos al matrimonio, el divorcio y el reconocimiento de los hijos, entre otros hace referencia a la guarda y la custodia de los hijos menores, refiriéndose a la custodia compartida en el artículo 283 Bis que señaló que en caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en la sentencia de divorcio, el juez deberá garantizar que los divorciados cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

2.2.5.2. Tenencia compartida en Argentina.

En octubre de 2005 en Argentina se suscribió la Ley No.26061 de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que en su artículo séptimo asignó a la familia la responsabilidad prioritaria de asegurar sus derechos; mientras, al padre y la madre, responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Con la adopción en 1987 de la Ley 23.513 que modificó la sección segunda del libro primero del Código civil, se señaló en su artículo 206 que tras la separación por sentencia firme los hijos menores de cinco años quedaban bajo la tenencia de la madre, salvo situaciones graves que afecten el interés del menor. Para los niños mayores de cinco años, la citada norma señaló que, a falta de acuerdo entre los padres, corresponderá al juez determinar quién es el padre más idóneo para asumir la tenencia.

Previamente, el artículo 264 del Código Civil había definido la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. La norma en cita señaló que después de la separación o del divorcio, el padre que no ejerce la tenencia tiene derecho a tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

Es claro, que hasta ahora la normatividad argentina no hace referencia expresa a la tenencia compartida de los hijos menores tras la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio, en consonancia la doctrina y la jurisprudencia predominante en Argentina es otorgar la tenencia a la madre.

Lo anteriormente señalado encuentra evidencia en estadísticas sobre la situación después de la entrada en vigencia de la Ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que indican que en el 90% de los casos de separación y divorcio la tenencia de los hijos menores se le asignó a la madre, en porcentajes mínimos al padre y excepcionalmente se ha otorgado la custodia compartida; siendo de referencia las sentencias: i) del 5 de diciembre de 2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ii) del 18 de marzo de 2008 proferida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores - Provincia de Buenos Aires, iii) del 16 de junio de 2009 de la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul (Provincia de Buenos Aires).

2.2.5.3. Tuición compartida en Chile.

El 16 de junio de 2013 mediante norma No. 20.680 denominada Ley de tuición compartida, registrada con el título ciudadano de Ley amor de papa, se reformó el Código civil chileno en lo referente a las relaciones paterno filiales. El objeto de la Ley 20.680 fue proteger la integridad del menor cuando los padres viven separados.

Basó, la norma en cita, en el principio de corresponsabilidad el cuidado personal de los hijos, señalando que ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente, de la crianza y educación de sus hijos.

Tras la reforma introducida con la Ley 20.680, el artículo 225 del Código civil chileno dictó que el cuidado personal de los hijos de padres que vivan separados de consuno podrá corresponder al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. Determinó la norma que, a falta de acuerdo entre los padres, los hijos continuarán bajo el cuidado del padre con quien estén conviviendo, también se dispuso que el juez tendrá 60 días para establecer el régimen y ejercicio del cuidado personal.

Con esta reforma se incorporó el artículo 225-2 que dictó los criterios y circunstancias para establecer el régimen y ejercicio del cuidado personal del hijo menor. Así:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.

- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”

Es debido indicar que la noción de tuición compartida incorporada al derecho positivo chileno se nutrió de la doctrina argentina, especialmente del libro sobre derecho constitucional de familia de Andrés Gil Domínguez, autor citado en los proyectos de la Ley 20.680 y en los anexos a tales proyectos.

Gloria Negroni, refiriéndose a la tarea común de los padres o a la corresponsabilidad citó a Gil Domínguez, quien indicó que ésta consiste en “reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales” .

2.2.6. Custodia de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

El artículo 44 de la Constitución Política colombiana, asignó a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En resguardo de lo dispuesto en el citado artículo superior, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la plenitud del desenvolvimiento del niño, niña o adolescente se alcanza con la satisfacción de sus derechos fundamentales en un ambiente de afecto y solidaridad, siendo esta la doctrina dominante.

El Código Civil (Ley 53 de 1887) determina en el artículo 253:” toca de consumo a los padres o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.

En el evento que exista un caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, reza el artículo siguiente que podrá el juez confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, prefiriendo a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes.

Se afirma en sentido amplio que la custodia o cuidado personal, es el cuidado y atención del incapaz y se confunde con la guarda y la patria potestad, términos jurídicos que se complementan, pero que no son una y la misma cosa.

Que la custodia y el cuidado personal lo deben ejercer las personas que conviven con el menor, pero radicalmente son responsables los padres, en forma conjunta y solidaria, un deber correlativo de los hijos menores a exigir ese cuidado. Y es igual obligatoria para ambos padres.

Más adelante, el Código colombiano de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006) complementó la patria potestad con la noción de responsabilidad parental, que definió como “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”.

Además, el artículo 23 de la norma en cita, definió la custodia y el cuidado personal como el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. Extendiendo la obligación de cuidado personal del niño, niña o adolescente a quienes conviven con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

En Colombia, pese a que la Asociación Padres por Siempre radicó, en mayo de 2008, el proyecto de Ley no. 249/2008, el Estado no ha legislado al respecto. El artículo segundo de este proyecto propuso que se observara la custodia alterna, por periodos iguales de tiempo, como política pública.

Con todo, es oportuno anotar que en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad los convenios internacionales ratificados por Colombia, que han reconocido ampliamente los derechos constitucionales, forman parte del ordenamiento jurídico y, en esa medida, deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo legislativo de los derechos y en la formulación de políticas públicas en esa materia.

Del mismo modo que en los estados ya revisados, corresponde en Colombia a los jueces de familia conocer de los asuntos relativos a la custodia y cuidado personal, visita y

protección de los niños, niñas y adolescentes. Además, el manual de lineamientos técnicos para la intervención judicial ante la jurisdicción de familia definió los aspectos básicos que debe revisar el juez al definir los acuerdos de cuidado y custodia.

3. CUSTODIA COMPARTIDA EN NUESTRA REALIDAD JURIDICA COLOMBIANA.

Se han revisado algunos casos buscando obtener más elementos para responder la cuestión que ordena esta tesis, que recuérdese se planteó así: ¿se consulta el interés superior del niño si en todos los casos se concede, en igualdad de condiciones a los padres separados, la custodia compartida de sus hijos niños, niñas y adolescentes? Y se procede a describir algunos casos, no sin antes reconocer la pertinencia de los señalamientos del Comité de los Derechos del Niño sobre la improcedencia de prescribir alternativas generales de cuidado y atención, salvo la consideración primordial del interés superior del niño, niña y adolescente, bajo las condiciones existentes al momento de tomar la decisión, manteniendo la posibilidad de revisión y ajuste, ante el cambio de las condiciones.

Según se describió en capítulo precedente, los sistemas de cuidado, custodia, guarda y tuición compartida vigentes en el derecho comparado adoptan elementos y criterios diferentes para interpretar si consulta o no interés del niño el otorgar el ejercicio compartido de la custodia a padres separados o divorciados.

La observación sistemática de casos en los que parejas separadas acuden ante instancias públicas para resolver la asignación de la custodia de los hijos menores es una estrategia idónea para determinar las situaciones que dificultan la consulta del interés superior del menor y los dilemas de los jueces en aplicación de los derechos del niño.

Es así, que, para la fecha de cierre de esta investigación, se seleccionaron unos casos, en las que el Juez aceptó la aplicación de esta figura, para su estudio, con relación a las parejas petentes y un caso a padres y los abuelos maternos de la menor. Examinaremos los casos primero desde la Corte Constitucional y luego desde la jurisdicción ordinaria.

3.1.Desde el punto de vista de la Corte Constitucional.

T-412 de 2000. Expediente T-266082. Ante el Tribunal de Pereira, contra el Juzgado Tercero de Familia de la misma ciudad, por considerar que se vulneraron los derechos fundamentales de su menor hijo de seis años, al ordenar la restitución a los Estados Unidos de América, esto en septiembre de 1999.

El problema jurídico concreto radicó en que los padres de este menor, casados en Colombia, residenciados en el Estado de Georgia, fijaron su residencia allí, de nacionalidad colombiano y ella ciudadana estadounidense, procrearon a su hijo en dicho Estado, donde nació el niño en el año de 1993; para 1996 los padres se encontraban

separados de hecho, pero suscribieron un acuerdo denominado "Plan de Padres", ante las autoridades de Atlanta, Georgia, con relación a sus derechos y obligaciones para con su hijo.

En este acuerdo, convienen que la custodia será compartida, y que cada uno tendrá a su lado al niño en determinados días de la semana, igual se comprometieron a "no hacer planes o arreglos que interfieran con el tiempo del otro padre sin acuerdo expreso, por escrito del otro padre", igual regularon las vacaciones, festivos, llamadas telefónicas, registros de salud, etc.

Luego de ello se divorcian, y se aprueba en el mismo lo pactado en el "plan de padres", y en cumplimiento de lo acordado el padre en uno de sus periodos de vacaciones, visita a Colombia, viaja con el niño, y llama a la madre que no volvería a retornarlo, que el niño quedaría en Colombia, definitivamente.

Inmediatamente la madre, lo denuncia el rapto de su hijo, por parte de su padre ante el Departamento de Policía de Norcross, Estado de Georgia. La oficina de Asuntos de Menores de la Sección Consular, le informa al ICBF, sobre esta denuncia, para que se aplique el Convenio de la Haya, sobre aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, aprobado por Colombia mediante la Ley 173 de 1994, para que se restituyera al menor a su país de origen.

Después de los trámites administrativos, de informes sociales, en cada país, sobre las condiciones en que se encontraría el menor, agotada la etapa de la restitución voluntaria, se inició por parte del ICBF el proceso judicial para la restitución, siéndole adversa al padre, y ordenándosele hacer la entrega del niño a su señora madre, y poder retornarlo a los Estados Unidos de Norteamérica.

Inconforme el padre incoo la acción de tutela para que se protegieran sus pretensiones, alegando vías de hecho, por no haber sido escuchado el infante, en este asunto.

El Juzgador de instancia, negó las suplicas y mantuvo la decisión del Juzgado de primera instancia, sugiriéndolo al padre, regular sus visitas, que el hecho de no querer retornar a los Estados Unidos, no constituye una razón importante para privar a la madre y al niño de su derecho fundamental de no ser separados.

Las normas aplicadas al caso fueron el interés superior de menor, el derecho constitucional a tener una familia y no ser separado de ella, el convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. Ley 173 de 1994, "por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños", la Ley 1008 de 2006, la Resolución 1399 del 1998 del ICBF y la Convención sobre los derechos del niño. "por la cual se establece el

procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores.”

Sentencia T-689 del 28 de agosto de 2012. Proferida por la Sala Primera de Revisión, Magistrado Ponente María Victoria Calle Correa.

El problema jurídico a resolver fue el engaño de la progenitora para obtener el permiso de salida del país por parte del padre, a su menor hija, para un viaje de vacaciones por diez días. Y ya no retornara al país, una vez vencidos los diez días (10). Se trató de una retención irregular de una menor hacia los Estados Unidos de Norte América, unilateral por parte de su señora madre, toda vez que según la Corte Constitucional al no haber regulado la custodia de la menor, la madre la tenía por las vías de hecho, y por ser con quien ha vivido, y determinó que la custodia era compartida por este motivo, más no porque hubiere un acuerdo sobre ello.

El padre de la menor, acudió a la restitución internacional de menores, esto a mediados de julio del año 2010, ante la autoridad competente, es decir el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), petición que se surtió ante la autoridad central de los Estados Unidos, para el retorno de su hija a su residencia habitual, la ciudad de Cali. Después de los trámites administrativos de los dos países, involucrados y después del intento de la restitución voluntaria, la Corte Constitucional y una regulación de visitas que no fueron aceptadas por el padre demandante y pro la preocupación de la Corte del paso del tiempo, y la situación insoluta, y porque la madre de la menor no probó lo que alegó frente a la salud de su hija, frente al daño del padre por ser fumador, y el abandono del mismo, revoco la decisión del Juez de primera instancia.

La Sala, concedió el amparo transitorio de los derechos de la niña Ana Marisol y procedió a dictar unas medidas de protección encaminadas a lograr el restablecimiento de los derechos de la menor y del padre afectados por las decisiones unilaterales de la madre, mientras el conflicto surgido por la custodia y cuidado personal de la niña se resuelve ante la jurisdicción de familia del Estado Colombiano. Para tales efectos, se ordenó a la madre traer la niña a Colombia dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la providencia con el fin de restablecer el contacto con el padre y su familia paterna, de acuerdo con el régimen provisional de visitas que establezca el Defensor de Familia, mientras se promueve por el accionante un proceso judicial tendiente a determinar en forma definitiva lo concerniente a la custodia y cuidado de la niña y a la regulación definitiva del régimen de visitas, crianza y educación de la menor. Se resolvió que la niña debía permanecer en Colombia hasta que los padres llegaran a un acuerdo sobre la custodia, cuidado personal, y régimen de visitas, o hasta que por vía judicial se definan estos aspectos.

La decisión fue tomada por la Sala en cumplimiento de criterios jurídicos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para determinar el interés superior del menor en el caso concreto: Artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Artículo 3-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo estipulado en las sentencias T-503 de 2003 y T-397 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), sobre el interés superior del menor. Y las consideraciones de la Sala sobre:

1. La garantía del desarrollo integral del menor.
2. La garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.
3. La protección del menor frente a riesgos prohibidos.
4. Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor.
5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.
6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

Todo esto, de manera provisional, mientras en la jurisdicción de familia se decidiera la custodia, y las visitas, todo ello con el acompañamiento del ICBF, en la ciudad de Cali.

¿Qué hubiese pasado si la custodia hubiese estado en cabeza de la señora madre? El tratado se habría podido aplicar, a pesar del engaño de la madre, para el permiso de salida del país.

Las normas aplicadas al caso fueron el interés superior de menor, el derecho constitucional a tener una familia y no ser separado de ella, el convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. Ley 173 de 1994, “por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños”, la Ley 1008 de 2006, la Resolución 1399 del 1998 del ICBF y la Convención sobre los derechos del niño. “por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores.”

3.2. Jurisdicción ordinaria- Especialidad Familia.

En Fallo de 21 de mayo del 2009 proceso de Custodia y Cuidado personal de los abuelos maternos contra el padre de su menor nieta, proferida por el Juzgado Once de Familia de la ciudad de Bogotá, D.C.

El problema planteado por los abuelos maternos, el maltrato a su nieta por parte de la esposa de su cónyuge con la permisividad del padre, ante la ausencia de la madre fallecida, en principio la custodia fue entregada de manera provisional por parte de la Comisaría de Familia que conoció de la violencia intrafamiliar, toda vez que le fue diagnosticado “Síndrome de maltrato infantil agudo”; este no era un caso de custodia compartida, aun cuando el padre ostentaba el ejercicio de la patria potestad. En este proceso se reguló la custodia y cuidado personal de manera compartida, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso, fundamento art 2,5, 42 Numeral 3,44 y 94 de la Constitución Política de 1991.

El Despacho determinó la **CUSTODIA COMPARTIDA** entre los abuelos demandantes de lunes a viernes y a partir del viernes el padre compartiría con su hija todo el fin de semana hasta el lunes o martes siguientes si ese fin de semana fuere festivo. Las vacaciones escolares serán compartidas entre los abuelos paternos y el padre por partes iguales, de la misma manera las vacaciones de semana santa, alternando esos periodos, igual que la navidad y año nuevo.

El juez para dirimir el conflicto y tomar esta decisión tuvo en cuenta el interés superior de la menor, art 5,44, 94 de la Constitución Política. Normas del Código Civil, entre otras art. 256 y Código de la Infancia y Adolescencia, sentencia T-442 de octubre 11 de 1994 de la Corte Constitucional, la opinión de la adolescente.

Así mismo, otro caso estudiado del Juzgado 11 de Familia y mediante de sentencia de divorcio se otorgó la Custodia Compartida de la siguiente manera un mes tendrá la custodia uno de los progenitores y en el siguiente mes la custodia la tendrá el otro progenitor, y así sucesivamente mes a mes, pero al pasar el tiempo la señora madre del menor tuvo que acudir por maltrato al menor por parte de su progenitor y se debió solicitar modificación de la custodia, trámite que se incohó ante el mismo despacho pero este lo envió a descongestión y a la fecha no ha tenido sentencia, pero las visitas fueron concedidas de manera supervisada directamente en ICBF.

Sentencia Del 16 De Julio De 2009 Del Juzgado Tercero de Familia de Bogotá.

El problema jurídico planteado otorgar la custodia en iguales condiciones a ambos padres. En proceso de custodia y cuidado personal se concedió custodia compartida, basándose en los Art. 44 y 13 de la Constitución Política de 1991; Art.3,18,20,21,37,40 y 93 de la Declaración de los Derechos del Niño; Resolución del 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Art. 253,262y 264 del C.C.; Art-23 y 208 de la Ley 1098 de 2006; Sentencias C-371 del 25 de agosto de 1994; T-182 de 1996; T-290 de Julio 28 de 1993; Sentencia del 25 de Octubre de 1984 de la Corte Suprema de Justicia;

en donde en el ámbito Internacional, la Convención de los Derechos del niño en Nueva York, incorpora el principio del “bonum Fili” anteriormente invocada en la Resolución del 29 de mayo de 1987 en donde se incorporó que el niño, entre otros derechos tenía el de crecer en un círculo de afecto y seguridad siempre que sea posible al amparo y responsabilidad de los padres, así como a recibir educación. La Resolución del 29 de mayo de 1987...” en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos”.

El problema jurídico del fallo antes citado fue ¿Es procedente conceder la custodia, tenencia y cuidado personal, de manera compartida al padre y a la madre del menor de edad, en igualdad de condiciones? El problema se resolvió positivamente en este caso, también en el caso de la Sentencia No. 131/10 del Juzgado Tercero de Familia de Cali y en Sentencia del primero de febrero de 2011 proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga, las cuales se nombrarán más adelante.

El Juzgado Sexto de Familia, el 17 de enero del 2012, en el proceso verbal sumario de revisión de custodia, le fue otorgado la custodia compartida a los dos padres, turnándose una semana cada uno, adolescente de 14 años y niño de 11.

El problema jurídico planteado, luego del divorcio de mutuo acuerdo, los menores quedaron bajo la vivienda de su señora madre y el padre los podía ver todos los días en la mañana y en la tarde, pero el padre consideró que no era tiempo suficiente, ni equitativo para compartir con sus hijos, ya que él quería más tiempo.

El Juez del conocimiento determinó que el padre tenía razón y en virtud del interés superior del menor y de la equidad, concedió la custodia compartida, es decir la mitad del tiempo con el padre y la otra mitad con la madre.

El problema que realmente se puede dar con estos casos, es que no hay seguimiento a estos fallos y si los hay no se conocen, esto para poder evaluar si ha sido positiva o negativa la decisión en el tiempo.

Sentencia No. 131/10 del Juzgado Tercero de Familia de Cali del 19 de mayo de 2010.

En este caso el Juez basó su decisión en “...el desarrollo de una custodia cooperativa que gire en torno al interés superior del niño, para que tenga relaciones materno y paterno filiales que le brinden: continuidad y estabilidad en su cuidado y bienestar relacional e integral, una buena calidad en su relación de apego con sus padres y un buen grado de empatía; un nivel de sensibilidad y receptividad a las preferencias intelectivas, afectivas, comportamentales expresadas por el niño; el manejo adecuado y profesional del conflicto parental y su impacto en el niño; el establecimiento y cumplimiento de una custodia

cooperativa y compartida en la que prime el principio eje comentado y el adecuado ejercicio equitativo y humanista de los derechos y responsabilidades, en una construcción de consensos en función de uno de los ámbitos primordiales para un niño o niña, para un hijo o hija, para un ser humano: la plenitud y goce de sentirse amado, protegido y respetado.(...)

Por medio del cual se resuelve: PRIMERO: APROBAR el ACUERDO CONCILIATORIO presentada por XXXX y YYYY en beneficio de su hijo XXY, el cual consiste en: 1.1 CUSTODIA COMPARTIDA. A partir del mes de junio del año en curso y en adelante, la Custodia y Cuidado Personal será compartida de la siguiente manera empezando por el padre: un mes tendrá la custodia uno de los progenitores y en el siguiente mes la custodia la tendrá el otro progenitor, y así sucesivamente mes a mes. 1.2. REGLAMENTO DE VISITAS. Cuando el niño este bajo la Custodia y Cuidado Personal del padre, la madre podrá visitarlo teniéndolo consigo cada quince (15) días, para lo cual lo recogerá el día viernes a las cinco (5:00 pm) y lo retornará a la casa del padre el día lunes a las tres (3:00 pm) o si ese día fuere festivo, lo retornará el día martes a las tres (3:00 pm); cuando el niño esté bajo la Custodia y Cuidado Personal de la madre, el padre tendrá el mismo reglamento de visitas fijado para la madre que se detalla de la manera ya indicada. 1.3. VISITAS EN FECHA ESPECIALES. a) El día del cumpleaños del niño, este año la pasará con la madre y el siguiente año con el padre y así sucesivamente e intercaladamente. b) El 24 de diciembre de este año la pasará con el padre y el 25 con la madre, el 31 de diciembre con la madre y el 1° de enero con el padre y así sucesivamente cada año se intercalarán las fechas. c) La fiesta del padre el niño estará con el progenitor y el día de la fiesta de la madre con la progenitora. d) Las vacaciones de semana santa de este año el niño la pasará con el padre y el próximo año con la madre y así sucesivamente se intercalarán las fechas cada año. 1.4. CUOTA ALIMENTARIA. (...) 1.5. REGLAMENTO PROVISIONAL DE VISITAS. Como la Custodia Compartida comienza a regir en junio 1 de 2010, el padre podrá visitar a su hijo el 22 de mayo regresándolo a la casa materna el día 24 de mayo a las 3:00 pm; la madre tendrá la visita el 29 de mayo y lo entregará al padre el 1 de junio. (...) 1.7. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL POR SALIDA DEL PAIS. Si el señor XXXX sale del país, el menor de edad quedará bajo la custodia y Cuidado Personal de la madre y si la señora YYYY sale del país, el menor de edad quedará bajo la custodia y Cuidado Personal del padre. (...)

Sentencia del primero de febrero de 2011 proferida por el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga. Por medio de la cual se resuelve: PRIMERO: Otorgar la Custodia y Cuidado Personal del joven XXY en forma compartida a sus progenitores XXXX y YYYY, de tal forma que XXY permanecerá bajo la Custodia y Cuidado Personal de su padre durante todo el periodo escolar, y el periodo vacacional de fin de año desde el 28 de diciembre hasta su finalización. Durante el periodo vacacional de Semana Santa, mitad de año y periodo vacacional de fin de año contado desde su inicio hasta el 27 de diciembre

permanecerá bajo la custodia de su progenitora, conservando el joven el derecho a ser visitado por sus padres cada quince días desde el sábado a las 10 de la mañana hasta el domingo a las 7pm durante los periodos que no se encuentre bajo su custodia, sin que el horario de visitas sea un obstáculo para que los padres de común acuerdo programen vacaciones con el joven por un tiempo superior; evento que será de previo acuerdo y aviso entre los progenitores.(...)

Dicha decisión fue basada en que ambos hogares ofrecen condiciones óptimas, tanto el padre como la madre son personas con excelentes condiciones para velar por el cuidado y dirección de su hijo, teniendo en cuenta que prevalece el interés superior del menor.

3.3. Proyectos de ley sobre custodia compartida en Colombia.

Con el ánimo de regular el proceso de custodia de los hijos menores, entre 2008 y 2014, ante la Cámara de Representantes fueron radicados proyectos de ley que no prosperaron, ya sea por tránsito de legislatura o por ponencia negativa; como ocurrió con el proyecto de Ley 108 de 2011, listado en el Cuadro 4.

La fundación padres por siempre, es un colectivo de papás y mamás que buscan la custodia compartida y han venido impulsando un proyecto de ley para el asunto concreto, con marchas desde el año 2012, charlas y diferentes manifestaciones para hacerse visibles, por ejemplo se utilizan disfraz de superhéroes, se encaraman en los árboles, etc. Para llamar la atención de la gente y poder ser apoyados en su objetivo.

3.3.1. Cuadro 4.

Proyectos de legislativos en materia del proceso de custodia, radicados en la Cámara de Representantes

Proyecto	Propósito	Proponentes	Estado
Ley 249 de 2008	Establecer el régimen de custodia compartida de los hijos menores.	Guillermo Antonio Santos Marín, Pedro Nelson Pardo Rodríguez y Mauricio Jaramillo Martínez	Archivado por tránsito de legislatura
Ley 108 de 2011	Regular la custodia y cuidado personal alterno de los hijos menores de edad.	Carlos Edward Osorio y Juan Carlos Vélez	Ponencia negativa en primer debate
Ley 035 de 2014	Garantizar los derechos de los	Arturo Yepes Álzate	Archivado por

	niños, niñas o adolescentes en el proceso de custodia, cuidado personal y visitas cuando los padres no cohabitan.		tránsito de legislatura
--	---	--	-------------------------

Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos de la página del Congreso de la República de Colombia (Gaceta 402 de 2012, Gaceta 380 de 2014, Gaceta 404 de 2015).

Proyecto de ley número 249 de 2008 - Senado, por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores.

Este proyecto en sus conclusiones especifica que aboga por una ley de cooparentabilidad que respete el derecho de los hijos menores a seguir teniendo una madre y un padre tras los procesos de separación y divorcio. Por el fin del maltrato institucional a los hijos de madres y padres separados. Por una verdadera igualdad entre hombres y mujeres en el derecho de tener la custodia y cuidado personal de los hijos menores. Por seguir siendo padres y madres tras la separación.²⁷

Pero después de los análisis del articulado que realizaron los honorables miembros de la Comisión Primera del Senado de la República se dispone archivar el proyecto, señalando importantes conceptos que deben tenerse en cuenta para fijar la Custodia Compartida, tales como: *“que la custodia compartida no debe ser una repartición aritmética sino que se debe consultar el interés superior del menor, para lo cual el estudio se estima entonces que el proyecto, en la medida en que se impone el régimen de custodia compartida obligatoria para el caso del menor comprometido, resulta inconveniente y podrían vulnerarse derechos de los niños, las niñas y los adolescentes a quienes se les impusiera dicho régimen, y de los padres, cuando no estuvieren en condiciones de asumirla o ella no fuere aconsejable.*

Es deseable mejor revitalizar o fortalecer las normas vigentes para que las partes libremente puedan llegar a estos acuerdos y que el juez de familia pueda decretar la custodia compartida cuando las condiciones particulares del caso lo aconsejen.

La custodia compartida como una obligación simplemente objetiva es decididamente inconveniente y debe evitarse. Es clara la intención que anima este aspecto del proyecto: se encuentra expresada en la exposición de motivos y consiste en forzar una situación legal que impida al juez de familia discriminar al padre por el solo hecho de serlo. Sin embargo, por válido que sea ese propósito respecto de una pluralidad de casos

²⁷ Proyecto radicado en la Secretaría de la Corporación, a instancia de los representantes Guillermo Santos Marín y Pedro Nelson Pardo Rodríguez y del Senador Mauricio Jaramillo Martínez, el 1° de abril de 2008. Se publicó en la Gaceta del Congreso número 97 del día abril 2 de 2008. Se recibió en la Secretaría de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República el día 10 de abril de 2008. Con fecha 16 de abril de 2008 se designó como ponente al honorable Senador Hernán Andrade Serrano.

particulares cuyo número y representatividad se desconoce, la obligatoriedad ciega podría generar tantos problemas como los que pretende resolver, con la diferencia de que los mismos recaerían directamente en los hijos más que en el progenitor discriminado. A esta luz, se estimaría más adecuado establecer, por ejemplo, la obligación del juez de considerar técnicamente, so pena de incurrir en causal de mala conducta, con la prohibición de denegarla por razones fútiles y, en lo posible, previo experticio o audiencia de los hijos, la solicitud del progenitor que aspire a la custodia compartida.

El proyecto no reconoce la diversidad de organizaciones familiares funcionales y los distintos contextos sociales en que estas se desenvuelven, homogeniza la familia al imponer una única forma de solución a la situación de la custodia, cuidado, crianza y tenencia de hijos de padres que no cohabitan.

Una solución real debe reconocer las condiciones particulares alrededor de cada niño, niña, adolescentes para intervenir en ellas de manera que permita construir relaciones armónicas entre los padres para garantizar el derecho del hijo a crecer y desarrollarse con la presencia y participación de padres aun cuando estos no cohabiten con lo cual se prevendría que la custodia se constituya en ¿arma de máxima eficacia contra el ex cónyuge?.

El proyecto desconoce la validez y efectividad de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tales como la conciliación y mediación y le resta capacidad de acuerdo a los padres por cuanto impone la solución desconociendo sus condiciones particulares con lo cual se retrocede en los avances que en materia de conciliación y acuerdos de familia se han alcanzado en nuestro país.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, artículo 12.1 ¿Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño?

Por último consideramos que mantener los vínculos entre progenitores y los hijos es una cuestión del convencimiento intrínseco de los padres sobre los beneficios en la vida de los hijos y en este sentido se debe tener en cuenta apoyo psicosocial cuando la circunstancias lo requieran.”²⁸

Proyecto de ley número 108 de 2011 - Cámara, por medio de la cual se regula la custodia y cuidado personal alterno de los hijos menores de edad.

²⁸ Tomado del análisis realizado por el Senador Hernán Andrade Serrano.

Este proyecto de ley, buscaba regular la custodia y cuidado personal alterno de los hijos menores de edad, cuando los padres no cohabitan, para garantizar a los niños y niñas o adolescentes sus derechos fundamentales prevalentes y su desarrollo integral. Tiene aplicación en los casos donde los progenitores no han logrado llegar a un acuerdo sobre el ejercicio de sus derechos y responsabilidades parentales siempre y en cuando, que no vaya en contravía de la salud y estabilidad psicológica y emocional del niño, niña y adolescente.

Análisis de conveniencia

Uno de los fundamentos principales del proyecto de ley y su principal sustento científico es la existencia del Síndrome de Alienación Parental o (S.A.P.), la comunidad científica expresa por medio de consenso que este síndrome no reúne los criterios metodológicos científicos necesarios para ser aceptado y por eso se lo considera pseudocientífico. No es pertinente basar la formación de una ley en un síndrome que la comunidad científica ha declarado como inexistente, entre otras cosas, porque no todos los hijos de padres separados sufrirían del nombrado síndrome, aceptar que padecen de un síndrome, equivale a declarar que estos hijos tienen una enfermedad mental.

Un síndrome es definido por la Organización Mundial de la Salud como el conjunto de síntomas que caracterizan una enfermedad, así las cosas, sería declarado mediante el mandato de la ley que los hijos de padres separados en forma general están enfermos por el simple hecho de la separación de sus padres.

El SAP ha sido rechazado como entidad clínica por las dos instituciones más reconocidas en el mundo en términos de salud y trastornos mentales: la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Americana de Psicología. Es por eso que no aparece ni en el CIE-10 (OMS) ni en el DSM-IV, este último publicado por la Asociación Americana de Psiquiatría.

Con este proyecto se modifica tácitamente el Código Civil Títulos XII y XIV del Libro I del Código Civil, artículos 160, 161, 162 y s.s. y la Ley 1ª de 1976, Ley 1098 de 2006; en cuanto a la competencia que establece los alimentos, como este no es claro en cuanto a las competencias y en cuanto a la determinación de en cabeza de quien radica la obligación de cancelar los alimentos, el ordenamiento jurídico colombiano pierde armonía y deja a la hermenéutica jurídica la resolución de estos casos entrañando inseguridad jurídica.

Por otro lado los problemas de competencia, las autoridades administrativas no están facultadas para probar la idoneidad o no de uno de los padres.

En armonía con el ordenamiento jurídico colombiano Decreto número 2820 artículo 23, artículo 288 c.c. referentes a la patria potestad. Cita que ¿En caso de controversia entre los padres por cualquiera de los aspectos, la contención ha de ser decidida por el juez

competente, siguiendo el procedimiento regulado por este código, por consiguiente mientras no intervenga decisión judicial en contrario, ninguno de los cónyuges puede impedir el ejercicio de los derechos que la ley le otorga.

Por lo anterior cuando los padres no sea han puesto de acuerdo o no han logrado el ejercicio de sus derechos y responsabilidades parentales, ya hay litigio, el juez define la custodia y cuidado; artículos 160, 161 del Código Civil.

Por lo cual los honorables representantes, motivados en las anteriores consideraciones y en cumplimiento del encargo hecho por la Mesa Directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y con fundamento en los artículos 150, 153 y 156 de la Ley 5ª de 1992, se permitieron rendir ponencia negativa y solicitaron archivar el proyecto.²⁹

Proyecto de ley de Custodia No.³⁰ 035 del 2014, ante la Cámara de Representantes.

“Por medio del cual se garantizan los derechos de los niños, niñas o adolescentes en el proceso de custodia, cuidado personal y visitas cuando los padres no cohabitan” busca que se regulen la custodia, el cuidado personal y las visitas en los casos de los padres no cohabitan garantizándole al niño, niña o adolescente su desarrollo armónico en integral en el marco de sus derechos fundamentales y prevalentes, en caso de no acuerdo entre los padres, por obvias razones, permitiendo que sea un juez de la república el que tome la decisión.

Respecto de este proyecto de ley se realizaron algunas observaciones y sugerencias, especialmente un concepto emitido por el ICBF el cual le dio el mayor empujón para determinar la no aprobación del mismo, resaltando que no se trata de asignar la custodia y cuidado personal de forma mecánica entre los progenitores con una visión de tiempos iguales y compartidos, sino de otorgarla teniendo en cuenta, sobre cualquier otra consideración, el interés y prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente.

²⁹ Proyecto fue radicado en la Secretaría de la Cámara. Recibido en Comisión Primera: Octubre 6 de 2011. Publicado en la Gaceta del Congreso número 736 de 2011. Autores: honorable Senador Juan Carlos Vélez Uribe y el honorable Representante Carlos Edward Osorio. Ponentes: honorables Representantes Jorge Eliécer Gómez Villamizar (Coordinador); Carlos Edward Osorio Aguilar (Coordinador); Germán Navas Talero, Rosmery Martínez Rosales, Alfonso Prada Gil, Fernando de la Peña Márquez, Humphrey Roa Sarmiento.

³⁰ El proyecto se presentó en el 19 de noviembre de año 2008, con el número 005, con algunas modificaciones. Ponente Dr. Juan Carlos Vélez. Proyecto que a su vez ya había sido presentado con el número 249 del mismo año.

3.4. Encuestas practicadas a defensores, comisarios, psicólogos y procuradores delegados para la familia.

ENCUESTA A JUECES, DEFENSORES, COMISARIOS DE FAMILIA
Y PROCURADORES DELEGADOS PARA LA FAMILIA.

RESPUESTA DE UN:

Psicólogo Bienestar Familiar

1. ¿Qué concepto le merece a usted la custodia compartida de los hijos concedida a los padres separados, divorciados o sin convivencia?

No estoy de acuerdo

2. ¿Usted ha concedido custodia compartida?

NO

3. ¿Qué factores ha tenido en cuenta para concederlas?

NO

4. ¿Cuál ha sido el sustento normativo, jurisprudencial o de otro tipo que usted utilizó al concederla?

NO

5. ¿Cuál fue el procedimiento que utilizó?

NO

6. ¿Conoce que países tienen reglada esta institución?

NO

7. ¿Qué concepto tiene de países que la han concedido?

son contextos distintos

8. ¿Cree usted que es necesario reglamentarla en Colombia?

no

9. ¿Después de conceder la custodia compartida, efectúa seguimiento?

no

10. ¿Qué experiencia le ha dejado a usted después del seguimiento el concederla?

ninguna

11. Si no funciona este sistema, ¿qué mecanismo utilizan los padres para solicitar se suspenda o se modifique?

no

12. La custodia compartida debe hacer parte del restablecimiento de derechos?

no

**ENCUESTA A JUECES, DEFENSORES, COMISARIOS DE FAMILIA
Y PROCURADORES DELEGADOS PARA LA FAMILIA.**

RESPUESTA DE UN: Trabajador Social (Comisaria)

1. ¿Qué concepto le merece a usted la custodia compartida de los hijos concedida a los padres separados, divorciados o sin convivencia?

Legalmente no se encuentra instaurado

2. ¿Usted ha concedido custodia compartida?

No

3. ¿Qué factores ha tenido en cuenta para concederlas?

No

4. ¿Cuál ha sido el sustento normativo, jurisprudencial o de otro tipo que usted utilizó al concederla?

No

5. ¿Cuál fue el procedimiento que utilizó?

No

6. ¿Conoce que países tienen reglada esta institución?

No

7. ¿Qué concepto tiene de países que la han concedido?

son contextos socioculturales distintos

8. ¿Cree usted que es necesario reglamentarla en Colombia?

No

9. ¿Después de conceder la custodia compartida, efectúa seguimiento?

No

10. ¿Qué experiencia le ha dejado a usted después del seguimiento el concederla?

No he realizado dichos procedimientos

11. Si no funciona este sistema, ¿qué mecanismo utilizan los padres para solicitar se suspenda o se modifique?

No es reglamentada.

12. La custodia compartida debe hacer parte del restablecimiento de derechos?

No garantizo el R.D.

**ENCUESTA A JUECES, DEFENSORES, COMISARIOS DE FAMILIA
Y PROCURADORES DELEGADOS PARA LA FAMILIA.**

RESPUESTA DE UN:

Ministerio Público (Procuraduría)

1. ¿Qué concepto le merece a usted la custodia compartida de los hijos concedida a los padres separados, divorciados o sin convivencia?

No Considero que sea apropiada, el país no está preparado.

2. ¿Usted ha concedido custodia compartida?

NO

3. ¿Qué factores ha tenido en cuenta para concederlas?

NO

4. ¿Cuál ha sido el sustento normativo, jurisprudencial o de otro tipo que usted utilizó al concederla?

NO

5. ¿Cuál fue el procedimiento que utilizó?

NO

6. ¿Conoce que países tienen reglada esta institución?

NO

7. ¿Qué concepto tiene de países que la han concedido?

Son culturas y normas completamente distintas.

8. ¿Cree usted que es necesario reglamentarla en Colombia?

NO es necesario

9. ¿Después de conceder la custodia compartida, efectúa seguimiento?

NO

10. ¿Qué experiencia le ha dejado a usted después del seguimiento el concederla?

NO he sido garante en ningún proceso de esa naturaleza

11. Si no funciona este sistema, ¿qué mecanismo utilizan los padres para solicitar se suspenda o se modifique?

NO es reglamentada por el legislador.

12. La custodia compartida debe hacer parte del restablecimiento de derechos?

NO, no garantiza nada en ese sentido

**ENCUESTA A JUECES, DEFENSORES, COMISARIOS DE FAMILIA
Y PROCURADORES DELEGADOS PARA LA FAMILIA.**

RESPUESTA DE UN: Defensor de familia

1. ¿Qué concepto le merece a usted la custodia compartida de los hijos concedida a los padres separados, divorciados o sin convivencia?

No lo considero apropiado

2. ¿Usted ha concedido custodia compartida?

No

3. ¿Qué factores ha tenido en cuenta para concederlas?

No

4. ¿Cuál ha sido el sustento normativo, jurisprudencial o de otro tipo que usted utilizó al concederla?

No

5. ¿Cuál fue el procedimiento que utilizó?

No

6. ¿Conoce que países tienen reglada esta institución?

España

7. ¿Qué concepto tiene de países que la han concedido?

Contextos SocioCulturales diferentes

8. ¿Cree usted que es necesario reglamentarla en Colombia?

No

9. ¿Después de conceder la custodia compartida, efectúa seguimiento?

No

10. ¿Qué experiencia le ha dejado a usted después del seguimiento el concederla?

Ninguna

11. Si no funciona este sistema, ¿qué mecanismo utilizan los padres para solicitar se suspenda o se modifique?

Ninguno

12. La custodia compartida debe hacer parte del restablecimiento de derechos?

No

3.5.¿El derecho de los niños a ser escuchados no es absoluto?

Contrario a lo recalado en la Observación General N°12 del Comité de Derechos del Niño sobre la dependencia del derecho de derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten, y el goce efectivo del derecho a que se consulte en interés superior del niño, niña y adolescente, se encontró en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia interpretación sobre la no obligatoriedad de los jueces a oír el testimonio del niño en forma directa para resolver los procesos que los involucren.

Se trata de una tutela en la cual una mujer pedía que la jueza de conocimiento escuchara a la menor cuya custodia era disputada por su madre -quien supuestamente la agredía- y la prima hermana del padre de la niña, en un proceso que se prolongó por más de siete años debido a las nulidades, recusaciones y tutelas interpuestas. Toda una batalla legal librada por los familiares de la niña para detentar su cuidado personal.

Con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional concluyó que “el derecho de las y los niños a ser escuchados no es absoluto. Por tratarse de acontecimientos dañinos para la niña, la juez del caso estaba en la posibilidad de decidir no escucharla por estimarlo innecesario, en aras de preservar su interés superior”.

Al ahondar en el asunto, señaló que aunque “la juez de familia otorgó la custodia, sin escuchar directamente la opinión de la menor”, precisó que se trató de “una decisión jurídicamente aceptable y está ampliamente justificada por el ejercicio de la autonomía judicial, ya que la menor fue oída por especialistas y peritos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Para la Corte, “si bien la Juez Cuarta de Familia de Medellín no escuchó a la niña, contó con elementos suficientes para tomar una decisión informada, constituidos por las valoraciones psicológicas citadas y las demás que obran en el expediente”.

En ese contexto, según la Corte, “la juez estuvo en posición de conocer lo sucedido de primera mano, tuvo contacto directo con la prueba y tiene un conocimiento inmediato de los hechos, frente a los cuales estableció como consecuencia jurídica que la menor debía estar con su madre. En este sentido, de acuerdo con el principio de inmediación probatoria, es el juez quien está en el mejor lugar para conocer lo sucedido en el marco de un proceso judicial. De modo que la valoración de la juez, amparada por el principio de inmediación, debe tenerse, en principio, como la más acertada.

La tutela recalca que cuando se trate de acontecimientos dañinos para el niño, las autoridades encargadas no deberán escucharlo más de lo necesario, debiendo en todo caso,

valorar las opiniones expresadas por otras instancias, considerando también la edad y madurez del menor de edad.

De otro lado, en el caso del Juzgado 11 de Familia donde en principio y de manera urgente la Comisaria 11 de Familia de Bogotá otorgó la custodia de la menor al abuelo paterno, una vez presentada la demanda ante la jurisdicción, proceso que recayó en el Juzgado 11 de Familia de Bogotá, después de comprobar todo el tratamiento terapéutico al que se sometieron su padre y su madrastra, además de la entrevista de la menor, el Despacho concedió la **CUSTODIA COMPARTIDA** de la siguiente manera: de lunes a viernes los abuelos maternos y fin de semana su señor padre. Este proceso por esas casualidades de la vida, fue de una compañera de la universidad, ella falleció por un accidente de tránsito en el año 2000 y lo sé, no por el Juzgado, sino por los propios compañeros, que la situación de la niña mejoró, ella se sentía a gusto con sus abuelos paternos y con su papá e inclusive con su madrastra, a la que a pesar de todo le sentía mucho cariño.

Así mismo, en el caso referido en la ciudad de Cali, el Juez además de aceptar la conciliación presentada por los padres, escucho al menor y su voluntad fue tenida en cuenta parcialmente.

3.6. Virtudes y riesgos de la custodia compartida.

Habiendo revisado el sentido y alcance de la custodia compartida de los hijos menores en padres separados y divorciados es posible comprender la dimensión y complejidad de los casos registrados en la jurisprudencia que se revisó para la investigación, así como los casos en concreto y las respuestas de quienes tienen a su cargo decidirla

En la implementación de la custodia compartida participan los progenitores, los hijos menores y los jueces de familia. A pesar de comprender el alcance en ocasiones las decisiones pueden ir en contra del interés superior del menor como fue el caso de la Custodia compartida del Juzgado 11 de Familia donde consensuada por ambos padre y abalada por el despacho no fue la mejor decisión para el niño, quien fue agredido psicológicamente de manera sistemática y permanente por su señor padre, quien hoy enfrenta un proceso penal además de habersele concedido una medida de protección a la madre y al hijo luego de haberse concedido la custodia compartida.

Se verificó, que las virtudes y dificultades de la custodia compartida de los hijos menores son objeto de estudio principalmente desde la psicología, la psiquiatría y la sociología. Los especialistas y los padres de familia han asumido diferentes posturas que varían según las experiencias que han conocido o vivido.

Sin embargo, desde el campo del derecho también se ha cultivado una doctrina propia que derivado en política pública, al incorporarse ciertos conceptos y razonamientos en la jurisprudencia que sienta precedente y que a falta de legislación concreta es la política pública³¹.

Un ejemplo de lo anteriormente señalado se encuentra en la motivación de la ley portorriqueña protectora de los derechos de los menores en el proceso de adjudicación de custodia, <Ley No. 223-2011 adoptada en noviembre 21 de 2011>, donde se señaló que: “*El ejercicio de la paternidad y maternidad responsable no se puede limitar a unas relaciones filiales restringidas a fines de semanas alternos. Más bien, su ejercicio implica participar activamente en el desarrollo de los menores y en la toma de decisiones sobre todos los asuntos relacionados a éstos*”³².

3.6.1. Virtudes de la custodia compartida.

Fueron de referencia para este trabajo estudios de las psicólogas Judith S. Wallerstein y Joan B. Kelly³³ cuyas obras fueron citadas en los antecedentes de los proyectos de ley sobre custodia compartida de los hijos menores en países varios. McKinnon y Wallerstein publicaron en 1986 el resultado de un estudio longitudinal de 25 familias separadas con hijos de entre catorce meses y cinco años, donde concluyeron que en los casos de custodia compartida de consuno entre los padres, a los niños pequeños les iba mejor que cuando la custodia quedaba en cabeza de uno solo de los padres³⁴. Con este resultado se desencadenaron una serie de estudios tendientes a verificar la hipótesis de que la custodia compartida era ventajosa para los hijos.

Estudios en este sentido concluyeron que los niños en la custodia física o jurídica conjunta se adaptaban mejor ya que, mostraban mejor autoestima, mejor adaptación emocional y conductual, y aceptaban mejor el divorcio de sus padres³⁵.

En Colombia no encontramos ningún estudio científico en beneficio o en contra de la Custodia Compartida, lo que tenemos ha sido fruto de la experiencia en el litigio donde en ocasiones vemos que los menores tienen una adaptación y aceptación menos traumática frente a la separación de sus padres, porque no van a ser desarraigados ni del uno ni del

³¹ Evidencia de ello, es que en Colombia para el caso de la protección de los derechos fundamentales de las personas, a falta de regulación la Corte Constitucional ha promovido el desarrollo de políticas públicas, como es el caso de los derechos de las personas desplazadas por el conflicto. Al respecto Sentencia T-025/04.

³² Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Ley 223-2011, Puerto Rico, noviembre 21 de 2011, p. 5.

³³ Judith S. Wallerstein and Joan B. Kelly. *Surviving the breakup: How children and parents cope with divorce*, Basic Books, 2008, 343 p. ISBN 978-0-465-08345-5.

³⁴ Rosemary McKinnon and Judith S. Wallerstein. “Joint custody and the preschool child”. En: *Behavioral Science & the Law*, 1986, volume 4, pp. 169–183.

³⁵ Robert Bauserman. “Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review”. En: *Journal of Family Psychology*, marzo de 2002, 16(1), pp. 91-102.

otro, lamentablemente es muy poco el seguimiento que se ha encontrado frente a las custodia compartidas para poder verificar si los hace menos asociales, mas impulsivos, si son menos ansiosos, cuando tiene permanente contacto con su padres o cuando quedan con uno solo.

Desde la psiquiatría, y en favor de la custodia compartida se cita el Manual de Psiquiatría del niño y del adolescente de Soutullo y Mardomingo que indicó con referencia en estudios psicológicos de la octava década del siglo XX, que estos niños eran menos excitables e impacientes, tenían menor tendencia al comportamiento antisocial e impulsivo³⁶.

En coincidencia con estudios de Wallerstein, este manual anotó que cuando se optaba por la custodia compartida, además de haber menos rivalidad entre hermanos, los hijos tenían mejores relaciones con sus padres³⁷, lo que apuntaba a preferir la compartida sobre la custodia en cabeza de uno solo de los progenitores.

3.6.2. Riesgos asociados a custodia compartida.

Se han identificado varios los factores de riesgo asociados a la custodia compartida de los hijos cuando ésta es definida de manera contenciosa. Los riesgos van desde la exposición innecesaria del menor a un conflicto potencial, hasta la configuración de escenarios que fomentan la manipulación y la inseguridad en los hijos menores³⁸. Se referencian a continuación algunos estudios y casos³⁹.

El país donde más se ha debatido recientemente el riesgo de la custodia compartida impuesta de manera contenciosa es España, donde en lo único que hay consenso es en la necesidad de asignar la custodia compartida sólo de consuno entre los progenitores y habiendo verificado que esta alternativa responde al interés superior del menor.

En el caso colombiano, no es muy común que los jueces la impongan, la conceden cuando es solicitada por ambos padres, pero como se dijo anteriormente, lamentablemente no hay un equipo sicosocial que le haga seguimiento a estas custodias luego de una separación, solamente se da el caso a petición de parte y como nuevo proceso, porque ni siquiera se acumula al caso anterior, como lo pudimos anotar en el caso del padre agresor que hoy lo conoce otro Juez.

³⁶ Divorcio separación y nuevas formas de convivencia en *Manual de Psiquiatría del niño y del adolescente*. [Coordinadores César Soutullo Esperón y Ma. de Jesús Mardomingo Sanz], Madrid, Editorial Médica Panamericana, 2010, pp. 297-299.

³⁷ Supra nota, página 299.

³⁸ Fabiola Lathrop Gómez. *Custodia compartida de los hijos*. España: La Ley, 2008, p. 488-489.

³⁹ Caso Alejandra Salazar Rengifo. Jueza Primera Penal del Circuito. También léase Asunción Tejedor Huerta. *Reflexiones sobre el síndrome de alienación parental*. En: , pp. 141-150.

3.7. Síndrome de alienación parental.

El abordaje psico-legal de la práctica de la custodia de hijos menores en procesos de separación y divorcio llevó a Richard A. Gardner a definir, en 1985, la conducta que desarrolla un hijo hacia uno de sus progenitores, consistente en denigrar de él y en desdeñarlo, como un desorden psicopatológico.

Aunque este desorden que se ha dado a conocer bajo la denominación de síndrome de alienación parental (SAP) se incorporó a manuales de psiquiatría del niño y del menor⁴⁰, no todas las asociaciones de neuropsiquiatría del mundo lo han aceptado, pues alegan que no se ha reunido suficiente evidencia de esta condición clínica⁴¹.

Actualmente, se acepta que el SAP es una conducta que pueden desarrollar tanto hijos como progenitores. En el ámbito jurídico se entiende por síndrome de alienación parental a la conducta desarrollada por uno de los padres, consistente en desplegar campañas orientadas a desvirtuar la imagen que el hijo tiene del otro progenitor⁴².

Se ha registrado que el SAP se incrementa en casos de custodia impuesta, de ahí que la evidencia de esta conducta, desplegada por un padre, se considera como causal para no otorgarle la custodia. Al respecto se refirió Aroldo Quiroz Monsalvo, al prescribir los aspectos que debe considerar el juez de familia al momento de ponderar la custodia, quien señaló que éste debe velar por que el padre que reciba la custodia le inculque al niño o niña una imagen positiva del otro progenitor y viceversa⁴³.

Autores tales como Mar Pastor Bravo y Asunción Tejedor Huerta concluyeron que el síndrome de alienación parental es una forma de maltrato infantil⁴⁴

Tesis expuesta por la Dra. Lady Johanna Mojica Acero en su trabajo de grado de Maestría titulada “PROTECCION DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CASOS DE ALIENACION PARENTAL Y DEBILITAMIENTO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES”⁴⁵ desde la perspectiva del trabajo social, en la que la autora manifiesta que la alienación parental debe entenderse como una forma de maltrato infantil psicológico que

⁴⁰ Manual de Psiquiatría del niño y del adolescente. Soutullo Esperón César y Mardomingo Sanz Ma. de Jesús [Coordinadores]. Madrid, Editorial Médica Panamericana, 2010, 438 p. ISBN 978-84-9835-229-0.

⁴¹ Asociación Española de Neuropsiquiatría.

⁴² Soutullo y Mardomingo, 2010, página 68, arriba citado. También Serrano Castro, 2010, pp. 158-159.

⁴³ Quiroz Monsalvo, ya citado en *Manual de lineamientos técnicos para la intervención judicial ante la jurisdicción de familia*, página 31.

⁴⁴ Asunción Tejedor Huerta. *El síndrome de alienación parental. Una forma de maltrato*. 2006, 155 p.

⁴⁵ Tesis de Maestría en Derecho expuesta por la Dra. Lady Johanna Mojica Acero titulada “PROTECCION DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CASOS DE ALIENACION PARENTAL Y DEBILITAMIENTO DE LAS RELACIONES PATERNO FILIALES”

vulnera los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, por lo tanto le da un carácter vinculante y obligatorio en el restablecimiento de derechos con relación a la regulación de custodia y de visitas, ratifica que es una “forma de violencia que comprende acciones, actos negligente u omisiones no accidentales” por lo tanto son conscientes o se ejecutan por ignorancia lo llevan a cabo los custodios de los niños y estas acciones producen daños psicológicos que van en contra del desarrollo y bienestar del menor. Es un tipo de maltrato muy sutil que deteriora las relaciones filiales. Manifiesta la estudiante que en Colombia se registran anualmente una gran cantidad de procesos judiciales en el área de familia y otras áreas con divorcios, custodia, alimentos , etc., donde se involucra todo el grupo familiar, la gran mayoría dejando de lado el interés superior del niño, siendo utilizados como arma para la consecución de los objetivos, es decir , destruir al otro progenitor, que se hace necesario ; que el operador judicial antes de tomar decisiones conozca todas las aristas que tiene el conflicto con la participación interdisciplinaria de la psicología forense el trabajo social, donde la valoración, puede identificar las características del conflicto, para determinar si el grado es leve, moderado o grave de alienación.

3.8.Recomendaciones.

Debe estudiarse la bondad y el riesgo de la alternancia de la convivencia con cada uno de los progenitores como situación que dificulta la implementación de modelos armónicos de custodia compartida, de manera ponderada, es decir caso por caso, porque las circunstancias no son las mismas precisamente por lo ya anotado, somos un país con diversidad étnica, religiosa, de costumbres por regiones etc., lo que hace que primero debe ser estudiado caso por caso y no reglamentarla de manera general sin tener en cuenta el entorno y los factores que detonaron en ruptura del vínculo matrimonial o de UMH o sencillamente de relaciones sin convivencia.

En la actualidad gracias al matrimonio en la comunidad LGTV que a la vez permite la adopción de la pareja siempre y cuando uno de los padres sea biológico, la custodia compartida no es recomendable.

Así las cosas, mi conclusión es que en Colombia NO SE DEBE LEGISLAR SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA, por las razones ya expuestas y porque al existir esa figura en nuestro ordenamiento ya no se harían los estudios necesarios para asignarla sino sería una alternativa más que puede el Juez aplicar a petición de parte o sin ella.

Hoy día en todos los casos se ha concedido más que todo en los divorcios de MUTUO ACUERDO o en la etapa de conciliación del proceso contencioso en donde los que deciden son los padres y el Juez avala esa voluntad.

4. CONCLUSIONES.

Desde una perspectiva amplia la participación de ambos padres, aún después de la separación o el divorcio, en el cuidado de los hijos menores es una práctica sujeta a factores culturales, étnicos y religiosos, con desarrollo legislativo y jurisprudencial en varios Estados de la Unión Europea y de Norteamérica, y falta de definición expresa en países como Argentina, Colombia, México y Portugal.

En cada ordenamiento jurídico, esta institución del derecho de familia se ha vinculado de manera diferente a las nociones de patria potestad y de autoridad parental, superando poco a poco la mera definición de la responsabilidad civil del padre en el cuidado – costo y cuotas de custodia – para adentrarse en la definición de periodos de convivencia y en la competencia para ordenar pautas de crianza, atención, educación e instrucción.

Un elemento diferenciador frente a la situación local, es que, en los países de la Unión Europea, en varios Estados de la Unión (Estados Unidos) y en Puerto Rico, la compartida es la forma de custodia preferente tras la separación o el divorcio, mientras en Colombia, ésta es una opción que carece de regulación expresa y se da ya notarialmente o judicialmente solo por mutuo acuerdo.

La regulación de la custodia compartida en los países del continente americano es bastante diferencial. Va desde la existencia de reglamentación detallada, como es el caso de Canadá y Puerto Rico, hasta la falta de definición concreta, como es el caso de Colombia. Lo anterior pasando por el caso mexicano que desde comienzos del siglo XX ya había incorporado esta opción al derecho positivo.

La revisión del estado de las investigaciones mostró que uno de los problemas actuales de la custodia compartida radica en la definición, observancia y aplicación de los criterios mínimos para ponderar la conveniencia de otorgar esta figura.

Ya sea que la política pública sea proclive a fomentar la custodia compartida o que la considere como una de las opciones posibles, sin imponerla de manera contenciosa, urge contar con referencia expresa de su significado, fines, alcance y riesgos, a efectos de prevenir los eventos desafortunados a los que puede exponerse el menor, cuando comparte tiempo en el espacio cerrado del padre y la familia que lo recibe como visitante temporal o periódico.

Casos extremos como el acoso o la muerte de menores infringida por las nuevas compañeras del padre custodio, o la exposición del menor a situaciones que perturben su paz, armonía y bienestar podrían evitarse de contar con instrumentos que consideren los escenarios de riesgo.

A falta de manifestación expresa de la política pública frente a la modalidad de custodia y de los criterios para ponderar el interés superior del niño, se encontró que la jurisprudencia sienta la doctrina dominante, como ocurrió en Puerto Rico.

Desde la dimensión socio política se estableció que es prudente que en cada Estado se haga manifestación expresa de las nociones de cuidado y custodia, señalando diferencias y similitudes, así como la decisión o no definir una opción preferente de custodia a fomentar desde la política pública o la manifestación del respeto de la decisión de los padres, siempre que se garanticen el interés superior del niño y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

El estudio del caso español dejó ver que no es prudente optar por la custodia compartida como medida impuesta de manera contenciosa, ya que se incrementa el riesgo del niño, niña y adolescente a perder estabilidad.

Desde la dimensión práctica y humana, que determinó que la custodia compartida debe considerar factores psicológicos, culturales y religiosos que pueden desencadenar escenarios de seguridad o de riesgo para el menor. Es preciso identificar los distintos factores de riesgo asociados a la convivencia temporal de los hijos menores con integrantes de dos familias re-ensambladas.

La opción aplicada en Estados Unidos de diferenciar la custodia legal compartida y la custodia física compartida podría implementarse en otros estados.

Se encontraron casos que argumentaban a favor de la custodia compartida y casos en contra de esta opción cuando es impuesta. Con todo el reconocimiento de los riesgos existentes en la custodia compartida debería considerarse como una razón de peso para evitar la generalización de esta opción que incrementa el riesgo sobre el bienestar emocional de los menores.

BIBLIOGRAFÍA.

Acuña San Martín Marcela. “El principio de corresponsabilidad parental”. En: *Revista de derecho (Coquimbo)*, 2013, 20(2), pp. 21-59.

Aguilar Cavallo Gonzalo. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, volumen 6, número 1, 2008, pp. 223-247.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de los derechos del niño. 1959

Asamblea Legislativa de Puerto Rico. Ley 223-2011, Puerto Rico, noviembre 21 de 2011, 33 p.

Bauserman Robert. “Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review”. En: *Journal of Family Psychology*, marzo de 2002, 16(1), pp. 91-102.

Bagnato Maria Elena. “Affido condiviso”, en *AltalexPedia*, 16 de noviembre de 2012, disponible en: <http://www.altalex.com/> (20.10.2013).

Bauserman Robert. “Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review”. En: *Journal of Family Psychology*, marzo de 2002, 16(1), pp. 91-102.

Béguin François. “Droit de garde des enfants: <La loi actuelle est assez équilibrée>”, en *Le Monde.fr*, 18 de febrero de 2013, disponible en: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/02/18/> (20.10.2013).

Belluscio Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 10ª edición. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2011, 1040 páginas. ISBN 978-950-20-2213-0

Berger Maurece, Ciconne Albert, Guedeney Nicole, Rottman Hana. *Residencia alterna en niños menores de seis años*, Francia: Custodia en Positivo, 2004, 10 p. Disponible en: http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1319805536_estudio_francia_SAP.pdf (8.11.2013).

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Historia de la Ley 20.680*, Chile, 731 páginas. Disponible en: <http://www.bnc.cl/> [HL20680], consultada en enero 8 de 2014.

Borobia Raquel. “La hipótesis en estudios cualitativos. El caso de la inducción analítica en una investigación sobre adolescencia”, en *Revista Pilquen*, No. 6, 2004, pp. 1-12.

Bouché Peris J. Henri, Hidalgo Mena Francisco L. y Álvarez González Beatriz. *Mediación y orientación familiar*.

Cadolle Sylvie. “La résidence alternée: ce qu’en disent les mères”. En: *Informations sociales*, Vol. 5, No. 149, 2008, pp. 68-81, disponible en: www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-5-page-68.htm. (8.11.2013).

Campoy Cervera Ignacio. *La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 62-63.

Castro Teresa, Martín Teresa, Seiz Martha y otros. *Corresponsabilidad antes y después del Nacimiento del primer hijo en España*. NIPO: 685-14-027-7. España: UNED, 2012, 65 p. disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/>.

Catalán Frías M^a José, Andréu Martínez Pilar, Soler Marcos Concepción y García Ayala M^a Begoña. “Motivos alegados por los progenitores varones al solicitar la custodia de sus hijos en los procedimientos contenciosos”. En: *Anuario de Psicología Jurídica*, 2009, vol. 19, pp. 27-41. ISSN 133-0740

Código Civil de la Nación Argentina. Libro primero de las personas. En: *Justinoano.com*. Buscador jurídico argentino. (8.11.2013).

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1). GE.13-44192. Mayo de 2013, 22 p.

Consejo de la Unión Europea. *Reglamento (CE) No. 2201/2003*. Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Bruselas, 27 de noviembre de 2003, 42 páginas.

Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Copi Irving M. y Cohen Carl. *Introducción a la lógica*. Segunda Edición. México: Editorial Limusa, 2013, 808 p. ISBN 978-607-05-0325-2.

Della Porta Donatella y Keating Michael. *Enfoques y metodologías en las ciencias sociales: Una perspectiva pluralista*. Madrid: Ediciones Akal S.A., 2013, 398 p. ISBN 978-84-460-3062-1.

De la Torre Ángel Sánchez y Hoyo Sierra Isabel [Editores]. *¿Por qué se es responsable jurídicamente?* Madrid: Dykinson, 2006, pp. 62-63.

Departamento de Justicia de Canadá. *Child custody arrangements: Their characteristics and outcomes*. Canadá, 2004, 63 p.

Diario Oficial de Chile, 21 de junio de 2013. (8.11.2013)

Eko S. Lyombe. *New Media, Old Regimes: Case Studies in Comparative Communication Law and Policy*, Estados Unidos: Lexington Book, 2012, pp. 29- 56, 169, 170. ISBN: 978-0-7391-6790-8.

Echeverría Guevara Karen Lisette. *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Especial referencia a la legislación española, Alemania: Grin Verlag, 2011, 370 páginas. ISBN 978-3-656-18364-8.

Eko Lyombe S. *New media, old regimes: Case studies in comparative communication law and Policy*, Estados Unidos: Lexington Book, 2012, 450 p. ISBN: 978-0-7391-6790-8.

García María Paz y Otero Crespo Marta. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, No.8, febrero de 2006, pp. 69-105.

Gonzalo Valgañón Altamira. “Custodia compartida impuesta”. En: *Themis*, segundo semestre 2011, pp. 5-12.

Guzmán Álvarez Martha Patricia. *Guía Básica de Procesos de Familia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, 252 p. ISBN 978-958-8381-67-1.

Hernández Sampieri Roberto y otros. *Metodología de la investigación*, México: McGraw Hill, 2010, pp. 370-371. ISBN: 978-607-15-0291-9.

Instituto Nacional de Estadística. Notas de prensa, 26 de septiembre de 2013, pp. 1-3.

Instituto Nacional de Estadística. Notas de prensa, 13 de septiembre de 2012, pp. 1-5.

ISTAT, “Anno 2009. Separazioni e divorzi in Italia”, en *Statistiche Report*, 7 de julio de 2011, 10 p.

Lathrop Gómez Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. España: La Ley, 2008. ISBN 9788481265798.

López Díaz Yolanda. *La custodia de los hijos en las parejas separadas. Conflictos privados y obligaciones públicas*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2014, 72 páginas. ISBN: 978-958-761-758-1.

Martínez Rodríguez José Antonio. *Fundamentación jurídica de la ley penal juvenil*. Estados Unidos: Palibrio, 2013, 942 páginas.

McKinnon Rosemary and Wallerstein Judith S. “Joint custody and the preschool child”. En: *Behavioral Science & the Law*, 1986, 4(2), pp. 169–183.

Meco Tébar Fabiola. “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS NÚM. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013,7873)”. En: *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, julio 2014, No. 18, pp. ISSN 2070-8157

Ministère de la Justice. *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, octubre de 2007, 72 p. disponible en <http://www.justice.gouv.fr/> (9.11.2013).

Monroy Cabra Marco Gerardo. *Derecho de familia y de menores*. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches, 1993, 569 páginas.

Montaño Virreina Montaño y Coral Calderón Magaña. *Cuidado en acción. Entre el derecho y el trabajo*. CEPAL, 2010, 230 p.

Negrón Gloria. “Rol de los operadores del derecho en la resolución de los conflictos jurídicos derivados de la crisis de la pareja”. En *Revista del magíster y doctorado en derecho*, 2011, número 4, pp. 145-156.

Organización de Naciones Unidas. *Convención sobre los derechos del niño*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

Pautassi Laura C. “El cuidado como cuestión social desde el enfoque de derechos”. En: *Serie Mujer y Desarrollo*, No. 87, 2007. Chile: CEPAL, 2007, pp. 10-11.

Personería de Bogotá D. C. *Concepto custodia del menor de edad*, marzo 15 de 2011 [María Inés Bohórquez], Bogotá: Imprenta Distrital, 2011, 3 p.

Planiol Marcel. *Traité élémentaire de droit civil: Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Privilèges et hypothèques*. France, 2da edición, 1902, pp. 282-283.

Quiroz Monsalvo Aroldo Wilson, Coronado Luz Stella y Sánchez Marcela. *Manual de lineamientos técnicos para la intervención judicial ante la jurisdicción de familia*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2004, 72 p. ISBN 958-97300-5-1.

Roberts Lance W. (Editor). *Recent social trends in Canada, 1960-2000*, Quebec: McGill Queen's University Press, 2005, 667 p. ISBN 0-7735-2955-1.

Rodríguez Pinto María Sara. “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”. En: *Revista Chilena de Derecho*, 2009, volumen 36, número 3, pp. 545-586

Romero Coloma Aurelia María. *La guarda y custodia compartida (Una medida familiar igualitaria)*, España, Editorial Reus S.A., 2011, página 20, ISBN 978-84-290-1662-8

Rossi Fiorenzo, Ongaro Italo Paolo. “Gli effetti della rottura del matrimonio. Un’indagine esplorativa presso un’associazione di separati”, en *Accademia Nazionale dei Lincei*, Convegno “Instabilità familiare: aspetti causali e conseguenze demografiche, economiche e sociali”, *Atti dei Convegni Lincei*, Bardi Editore, Roma, 2008, pp.181-203.

Rivero Hernández Francisco. *El interés del menor*, 2007, páginas 254-257

Santos Marín Guillermo Antonio. *Consideraciones al proyecto de Ley*. Bogotá, Cámara de Representantes, 2008, 26 p.

Soutullo Esperón Césary Mardomingo SanzMa. de Jesús [Coordinadores]. *Manual de Psiquiatría del niño y del adolescente*. Madrid, Editorial Médica Panamericana, 2010, 438 p. ISBN 978-84-9835-229-0.

Serrano Castro Francisco de Asís. *Relaciones paterno-filiales*, Sevilla: El Derecho, 2010, 261 páginas. ISBN: 978-84-15145-74-5.

Tejedor Huerta Asunción. *El síndrome de alienación parental. Una forma de maltrato*. 2006, 155 p

Trinidad Requena Antonio, Carrero Planes Virginia y Soriano Miras Rosa María. “Teoría fundamentada <Grounded theory>: la construcción de la teoría a través del análisis interpretacional”. En: *Cuadernos metodológicos*, No, 37, 2006, 167 p. ISBN: 84-7476-398-3.

Vico Giambattista. *El derecho universal*. [Traducción del latín de Francisco J. Navarro Gómez]. España: Anthropos, 2009, 875 p. ISBN 978-84-7658-923-6.

Wallerstein Judith S. and Kelly Joan B. *Surviving the breakup: How children and parents cope with divorce*. Basic Books, 2008, 343 p. ISBN 978-0-465-08345-5.

Zarralugui Sánchez-Eznarraga Luis. “La guarda y la custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentarios a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013”, en *Economist & Jurist*, No. 172, 2013, pp. 46-52. Disponible en: <http://www.zarraluqui.net/noticias/ficheros/economist-172-web-civil-2.pdf.pdf>. (14.12.2013).

Zarralugui Sánchez-Eznarraga Luis. “Alternar y no compartir”, en *Escritura pública*, No. 67, enero/febrero de 2011, pp. 1-3.

Jurisprudencia

Colombia

Corte Constitucional. *Sentencia T-024/09*. [M.P. Rodrigo Escobar Gil]. Bogotá, enero 29 de 2009.

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *Sentencia T-689/12*. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Bogotá, 28 de agosto de 2012.

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *Sentencia T-557/11*. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Bogotá, 12 de julio de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-577 de 2011*. [Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa].

Italia

Suprema Corte de Casación. Sección I Civil, *Sentencia 17191/2011*, 11 de agosto de 2011, Italia. Disponible en: <http://www.altalex.com/> (13.12.2013).

Suprema Corte de Casación. Sección I Civil, *Sentencia 21591/2012*, 3 de diciembre de 2012, Italia. Disponible en: <http://www.altalex.com/> (13.12.2013).

Suprema Corte de Casación. Sección I Civil, *Sentencia No. 123408/2010*, 21 de abril de 2010, Italia. Disponible en: <http://www.altalex.com/> (13.12.2013).

Tribunal Constitucional. Sala Segunda, *Auto ATC 336/2007*, de 18 de julio de 2007. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Auto.aspx?cod=22130> (13.12.2013)

España

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. *Sentencia STS No. 257/2013* del 29 de abril de 2013. [Presidente José Antonio Seijas Quintana], 17 p. Disponible en: <http://imagenes.publico.es/> (14.12.2013).

Tribunal Constitucional. Sala Segunda. *Auto ATC 336/2007*, de 18 de julio de 2007. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/>. (13.12.2013).

Tribunal Supremo. STS, del 19 de octubre de 1983.

Puerto Rico

Roberto Torres Ojeda *versus* Debra Ann Chávez Sorge, Peticionarios, Ex Parte. 118 DPR 469, marzo 9 de 1987, p. 477.