

CUSTODIA COMPARTIDA

AUTORES:

JORGE HUMBERTO HIGUITA USUGA - viyerdogo20@hotmail.com

DIEGO ALEJANDRO CORREA OSPINA diego3correa3@gmail.com

Monografía para optar al título de:

ABOGADO

ASESOR:

FRANCISCO JAVIER VASQUEZ VASQUEZ

JURADOS:

EDILMA DEL SOCORRO AGUDELO ZAPATA

MARTA BEATRIZ MARTELO MEDINA

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

UNAULA

Medellín

19/04/2016

RESUMEN

El presente trabajo trata sobre la custodia compartida, es un concepto jurídico que define y pretende la igualdad entre los padres para la crianza, cuidado personal de los hijos y el tiempo que comparten entre padres e hijos.

Analizamos la viabilidad y efectividad de la custodia compartida, frente a los modelos actuales de custodia tradicional en Colombia y los países que han implementado este modelo, bajo qué criterios o reglamentación se aplican y el perjuicio ocasionado a los hijos menores por el alejamiento y no tener una relación afectiva con uno de sus padres.

PALABRAS CLAVES:

- Custodia compartida
- Custodia monoparental
- Plan de coparentalidad
- Síndrome de alienación parental.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
OBJETIVO GENERAL.....	6
OBJETIVO ESPECÍFICO.....	6
CAPITULO 1. - FUNDAMENTACIÓN CONCEPTUAL E HISTÓRCA DE LA CUSTODIA Y SUS MODALIDADES	7
1.1 CONCEPTO DE CUSTODIA O CUIDADO PERSONAL DE LOS MENORES	7
1.2 TRANSICIÓN HISTORICA DE LA CUSTODIA.....	8
1.3 MODALIDADES DE CUSTODIA	10
1.3.1 custodia exclusiva o unilateral.....	11
1.3.2 custodia compartida, alternada o sucesiva.....	12
CAPITULO 2.- FUNDAMENTACION JURÍDICA DE LA CUSTODIA	13
2.1 INTERES SUPERIOR DEL MENOR	13
2.1.1 Código de infancia y adolescencia, Reglas de interpretación y aplicación	13
2.1.2 Declaración de ginebra de 1924.....	14
2.1.3 Declaración de los derechos del niño	14
2.1.4 Pacto internacional de los derechos civiles y políticos	14
2.1.5 Convención de los derechos del niño	14
2.1.6 Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.....	15
2.1.7 Convención americana sobre derechos humanos	15
2.2 JURISPRUDENCIA	15
2.3 PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	16
2.3.1 Derecho a tener una familia y no ser separado de ella.....	17
2.3.2 Convención de los derechos del niño	17
2.4 DERECHO A LA IGUALDAD DE GÉNERO	19

2.5 SISTEMA DE EFICACIA DIRECTA DE LA CARTA POLÍTICA E INTERPRETACIÓN DE LA NORMA	19
CAPITULO 3.- DERECHO COMPARADO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA ...	21
3.1 CONSIDERACIONES GENERALES	21
3.2 SENTENCIA POR MEDIO DE LA CUAL SE OTORGA LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARGENTINA.....	22
3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO EN COLOMBIA QUE SOPORTAN LA CUSTODIA COMPARTIDA	23
CAPITULO 4.- ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO	25
4.1 CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA.....	25
4.2 PRIMERA SENTENCIA DE CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA (SENTENCIA 003 JUEZ SEXTO DE FAMILIA).....	30
4.3 INVESTIGACION - EL PSICÓLOGO JOSÉ MANUEL AGUILAR	31
4.4 ¿QUÉ ES LA COPARENTALIDAD?.....	32
4.5 SINDROME DE ALIENACION PARENTAL (SAP)	33
4.5.1 Entre las consecuencias para los hijos encontramos;.....	34
4.5.2 Se identifica el síndrome de alienación parental (SAP);	35
4.5.3 Estados de la enfermedad del síndrome de alienación parental.....	36
4.5.4 Tratar la enfermedad en el estado iii (grave)	37
CAPITULO 5.- ANEXOS TRABAJO DE CAMPO	38
5.1 ENTREVISTA ABOGADA ESTELLA VALENCIA #1.....	38
5.2 ENTREVISTA ABOGADA NORHA LUCÍA ORTIZ GONZÁLEZ #2.....	39
5.3 ENCUESTA JUEZ JESÚS TIBERIO JARAMILLO ARBELÁEZ #3	48
CAPITULO 6.- CONCLUSIONES.....	51
BIBLIOGRAFÍA;	53
CIBERGRAFIA;.....	53

INTRODUCCIÓN

Cuando hay una separación o ruptura entre dos personas que han decidido procrear y formar una familia, el vínculo creado entre ese círculo familiar va a verse afectado, esta decisión o circunstancia de separación que puede ser legal o de hecho se convierte en un elemento determinante para la regular continuidad de su vida cotidiana en los menores inmersos en ello.

Uno de los inconvenientes de máxima importancia, es con quien van a convivir los menores, es decir, cuál de los progenitores va conservar la custodia de los hijos, que será pues un tema que se define ya sea voluntariamente o mediante proceso judicial en donde se concreta el modelo de guarda y custodia más acorde a las circunstancias de los menores.

Bien se sabe que en este tipo de separaciones o divorcios las personas más afectadas en este caso son los menores, la sola palabra ruptura, aviene en sí sola un sin número de circunstancias nuevas y contingentes para los menores, sin tener en cuenta la forma en que se está dando por terminada la relación de los progenitores; en la mayoría de los casos es de una manera conflictiva; en este caso, cuando aun siendo los llamados garantes al “interés superior del menor” se les dificulta superponer este principio a cualquier otro interés o principio valga la redundancia, termina decidiendo el modelo de custodia un juez.

El tema de la custodia y cuidado personal de los menores de edad está en el centro del debate en el congreso de la república, que estudia si aprueba o no una iniciativa que pretende, entre otros objetivos, entregar a ambos padres este derecho (**custodia compartida**) cuando estén separados y no cohabiten bajo el mismo techo, teniendo en cuenta que por lo general las demandas resueltas en los juzgados de familia son ganadas por las madres con el argumento, la mayoría de los casos, de que ellas son más aptas que los hombres para asumir el cuidado de los hijos habidos en la relación.

El ejercicio de la custodia recae de igual forma en el padre y en la madre, no hay norma o fórmula mágica que imponga preferencias en atención al sexo o la edad, en virtud al plano de igualdad que se predica tanto de los progenitores, como de los hombres y las mujeres.

Según la legislación colombiana, ese derecho y obligación tiene dos manifestaciones: tratándose de las relaciones de carácter puramente personal, nace lo que se conoce como autoridad paterna, en tanto que respecto de las patrimoniales surge la patria potestad, esta última, comprende lo relativo a la representación de los hijos menores, la administración de sus bienes y al usufructo de los mismos.

En lo pertinente a las relaciones de tipo personal, los padres deben ejercer la custodia o cuidado de los hijos mediante la crianza y la educación, así como al ejercicio del poder de vigilancia, corrección y sanción.

El presente trabajo pretende pues como **OBJETIVO GENERAL**, analizar la viabilidad y efectividad de la custodia compartida, frente a los modelos actuales de custodia tradicional en Colombia, analizando y estableciendo un paralelo entre los países que han implementado este modelo, bajo qué criterios y específicamente su reglamentación; estructurando así un análisis para establecer una posibilidad legal de implementarlo en Colombia, de la mano por supuesto de los jueces, indagando si ha habido alguna jurisprudencia que se otorgue la custodia.

A través de un estudio doctrinal y jurisprudencial este trabajo tendrá como **OBJETIVO ESPECÍFICO**, analizar la custodia compartida desde la academia y fundamentación de Derecho Comparado ya para finalizar y entrar en el desarrollo de la investigación es importante señalar que, para llevar a cabo el estudio de la custodia compartida, se han utilizado manuales como artículos doctrinales de revista Jurídica, en lo que corresponde a Jurisprudencia, sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

CAPITULO 1. - FUNDAMENTACIÓN CONCEPTUAL E HISTÓRCA DE LA CUSTODIA Y SUS MODALIDADES

1.1 CONCEPTO DE CUSTODIA O CUIDADO PERSONAL DE LOS MENORES

Cuando se va realizar una delimitación conceptual, en este caso de la custodia se hace necesario mirar atrás y saber de qué exactamente se deriva la custodia, la institución que la deriva es la patria potestad, una institución jurídica que en el artículo 288, del Código Civil se define como “el conjunto de Derechos que la Ley reconoce a los padres”, además de ser de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal; es decir, los progenitores no podrán sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales, solo excepcionalmente en los casos que la patria potestad sea suspendida o interrumpida mediante una decisión judicial, por las causales legalmente contenidas¹(DÍEZ-PICAZO, 2012) la define como “el conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la Ley impone a los progenitores.”² Los derechos sobre la persona del hijo que derivan de la patria potestad se relacionan con el Derecho de Guarda, dirección y Corrección del hijo, son precisamente estas nociones las que nos llevan a determinar el concepto de crianza dentro de las obligaciones que la Ley impone a sus progenitores, tales como C.C artículo 253; “crianza y educación” en donde se dice conjuntamente o de consuno ambos progenitores estarán a cargo, o el padre o la madre sobreviviente, “el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, la custodia entonces va comprender las funciones que por ley tienen, que impliquen en sí mismas convivencia con el hijo y que se desarrollan de manera normal dentro de una convivencia familiar.

¹ Código Civil Colombiano art 310 y315.

² DÍEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A. Sistema De Derecho Civil, Tomo I, Ed tecnos, Madrid, 2012, p.271.

No obstante, en el momento que hay una ruptura o cesa la convivencia familiar se genera una imposibilidad que ambos progenitores continúen en convivencia, rompiéndose así el concepto de guarda, de la misma manera que se imposibilita la convivencia conjunta, lo que no sucede con la patria potestad, que perdura aun en domicilios diferentes. En ese sentido, mientras que la titularidad de la patria potestad perdura en situación de separación del núcleo familiar, la custodia se desprende de ella y puede ejercerla un progenitor exclusivamente.

La atribución de la custodia en términos generales es el cuidado de los niños, niñas y adolescentes a fin de garantizarles su desarrollo integral, designado a uno de los progenitores exclusivamente o la figura de custodia compartida que es de una forma sucesiva o alterna por ambos progenitores.

1.2 TRANSICIÓN HISTORICA DE LA CUSTODIA

La asignación de la custodia en los últimos siglos ha sido controversial, centrándose en el hombre y la mujer sin tener en cuenta su eje central, las necesidades y valores de los niños.

Para el siglo XIX prevalecía la doctrina del páter, familias provenientes de Roma, donde el padre ejercía facultades plenas, sobre los derechos de los hijos, esposa y esclavos. Esta doctrina fue transmitida por España a Colombia e introducida en el código civil colombiano a través de la ley 84 del 26 de mayo de 1873.

A finales del siglo XIX entra la teoría de la primera infancia, la cual se basa en el mito de “la superioridad del amor materno sobre el paterno y la supuesta inhabilidad del padre para proveer el tierno cuidado que la naturaleza exige para los niños en su primera infancia”³; imponiéndose así esta teoría para los años 30 del siglo XX. Pero esta teoría toma su verdadero auge en los años 60 del siglo XX

³ GIOVANNI RODRIGUEZ MEDINA., Custodia Compartida, primera edición, p.11.

Child custody in historical perspective: A study of changing social perceptions of divorce and child custody. Jay Einhorn. 1981

cuando a las mujeres se les permite acceder a la capacitación laboral, ingreso a diferentes áreas del trabajo profesional y además abandona las labores domésticas.

A partir de los años 70 se hace más frecuente y masivo el divorcio, situación ésta que trae consecuencias a la mujer en cuanto sus responsabilidades de desempeño laboral, familiar, de salud y bienestar personal, aunado todo esto al rol económico.

Por la situación antes comentada, el padre discriminado se le separa abruptamente de sus hijos provocándole situaciones emocionales como: depresión, frustración, ira, culpa, ansiedad, impotencia, etc.

Desafortunadamente para el progenitor no custodio, aunque ostente la patria potestad, acaba desnaturalizándose su rol y además anulado este, porque el progenitor custodio termina apropiándose de la toma de decisiones fundamentales en el desarrollo de los hijos. Muchos se refieren al padre no custodio como “padre centro comercial o “padre de parque y helado” haciendo referencia al padre que le dedica a sus hijos tardes dominicales. Quienes sufren la asignación de la custodia compartida son los hijos, sometiéndolos así a la orfandad de uno de sus padres, dejando como consecuencias psicológicas y emocionales de los hijos: que son más propensos a sufrir problemas de conducta, trastornos psicológicos, conflictos para establecer roles sexuales, dificultades en adaptación social y escolar, bajo rendimiento escolar, embarazos en adolescencia, intenciones de suicidio, depresión, mayor riesgo de consumo de drogas, abuso de alcohol, agresión hacia sus progenitores, etc.

“Desde hace mucho tiempo se considera que el impacto del divorcio y la consiguiente ausencia del padre afectan muy negativamente a los niños. Por ejemplo, el divorcio y la pérdida del padre se han relacionado con dificultades en la adaptación escolar (por ej. Felner, Ginter, Boike, y Cowen), Social (por ej. Fry y Grover) y personal (por ej. Covell y Turnbull). Los resultados del presente estudio

indican que la pérdida del padre subsiguiente al divorcio se relaciona con la disminución de la autoestima en los niños”⁴.

Hace 45 años comienza a gestarse el cambio, el profesor Robert Benton crea una película llamada Kramer contra Kramer, la cual conmueve a los estadounidenses, dando inicio así a una ley de custodia compartida en más de 50 estados para los años 90. En la mayoría de los países desarrollados la custodia compartida dejó de ser una opción y paso a ser la primera alternativa a considerar por el juez. Lo que busca la custodia compartida es que, mediante la facultad otorgada por la ley, los padres conserven los mismos derechos, responsabilidades y autoridad para el cuidado y control de sus hijos que tenían antes de divorciarse. Esta teoría busca que los padres compartan el tiempo de convivencia con sus hijos de manera equilibrada. El autor Joaquín Ivars Ruiz critica el término custodia compartida y dice que se le debe llamar “custodia alternativa” o “custodia sucesiva”, “custodia periódicamente alternada”, “custodia compartida en alternancia” o “custodia alternada”. No se tiene en cuenta para esto el sexo, sino competencia parental. Esto es la capacidad del progenitor para cuidar, proteger y educar a sus hijos, asegurándoles un desarrollo suficientemente sano. Lo más importante para estos casos es salvaguardar el interés superior del menor. (Corte constitucional sentencia T-551/2006 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

1.3 MODALIDADES DE CUSTODIA

Como ya hemos anticipado, a lo largo de este trabajo la custodia doctrinariamente tiene diferentes modalidades, de la mano igualmente de Código Civil Colombiano entraremos a identificar rasgos de la custodia exclusiva o unilateral y de la

⁴ GIOVANNI RODRIGUEZ MEDINA., Custodia Compartida, primera edición, p.13.

Thomas S. Parish, Children’s Self Concepts: Are They Affected by Parental Divorce and Remarriage (Autoestima de los niños: influencia del divorcio y nuevo matrimonio de sus padres). (Journal of Social Behavior and Personality, 1987, V2, #4, 559-562.

custodia compartida o alternada a continuación brevemente se dirá en que consiste cada una.

1.3.1 custodia exclusiva o unilateral

La Custodia Compartida Exclusiva o Unilateral, es aquella que mediante proceso se le atribuye a uno de los padres con un régimen de visitas a favor del otro, para (LATHROP GÓMEZ, 2008) “es aquella con el que el menor reside con uno de sus padres, quien le otorga el cuidado directo que dicha convivencia exige”⁵

De igual forma existen situaciones o circunstancias en que la custodia es otorgada a terceros, esto sucede, cuando media imposibilidad para ambos progenitores de ejercer la custodia de sus hijos, En Colombia generalmente esos terceros son los abuelos, o la persona de consanguinidad más cercana al menor que este en la posibilidad de hacerse cargo de su bienestar integral, en caso de no tener parientes cercanos será instituto ICBF o cualquier entidad adscrita a esta.

Es la forma más adoptada por los jueces en Colombia, puede ser atribuida tanto a la madre como al padre, aunque exista una arraigada tendencia a otorgarle la custodia exclusiva a la madre, en una mayor tendencia cuando hay hijos recién nacidos, por otro lado el progenitor no custodio adquiere un régimen de visitas, a través de un proceso llamado “reglamentación de visitas” en donde un juez de familia estudia la conveniencia tanto para niño, niña o adolescente, como para cada uno de sus padres, este proceso busca principalmente que el progenitor no custodio continúe velando por el interés de su hijo en caso de separación o divorcio, y no se sustraiga del acompañamiento en la formación integral del menor, en principio las visitas pueden ser acordadas en medio del proceso por ambos cónyuges, según las circunstancias concretas del caso y debidamente aprobadas por el funcionario correspondiente, a falta de un acuerdo entre los progenitores las fijará el juez de familia.

⁵ LATHROP GÓMEZ, F., Custodia Compartida De los Hijos, La Ley, Madrid, 2008, p.276.

1.3.2 custodia compartida, alternada o sucesiva.

La Custodia Compartida Alternada o Sucesiva, es cuando la convivencia con el menor se reparte simultáneamente entre ambos progenitores, de ahí que sea alternada o sucesiva, los periodos de tiempo en que se reparte el menor deben ser similares para ambos progenitores de una manera continua, o alternada, dependiendo de las circunstancias del caso, puede decirse que es la conjunción de la custodia de los hijos desarrollada o ejercida por ambos progenitores. Esta medida que ha sido adoptada en países como Puerto Rico, Perú, Brasil, México, argentina, España y Chile, la custodia puede ser acordada a petición de los progenitores, a falta de común acuerdo será decretada por decisión judicial obedeciendo siempre a la conveniencia del menor.

CAPITULO 2.- FUNDAMENTACION JURÍDICA DE LA CUSTODIA

2.1 INTERES SUPERIOR DEL MENOR

2.1.1 Código de infancia y adolescencia, Reglas de interpretación y aplicación

Harán parte del código de infancia y adolescencia, las normas contenidas en la constitución y tratados internacionales, como también la convención de los derechos del niño, aplicando siempre la norma más favorable para el menor⁶

Cuando se hace mención a la protección integral nos referimos al reconocimiento de los menores como sujetos de derecho, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad que en caso de presentarse dicha vulneración se dará un restablecimiento inmediato en desarrollo del interés superior del menor, la protección integral se materializa al desarrollarse planes, programas y política a nivel nacional, departamental y municipal asignando recursos económicos, físicos y financieros para el desarrollo de los menores⁷.

El interés superior del menor es un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultanea de todos sus derechos humanos de una manera efectiva⁸.

En caso de presentarse un acto, decisión u medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas, adolescentes, prevalecerán estos por encima de los demás, y siempre prevalecerá la norma más favorable para el menor⁹.

⁶ Código De Infancia y Adolescencia art 6

⁷ Código De Infancia y Adolescencia art 7

⁸ Código De Infancia y Adolescencia art 8

⁹ Código De Infancia y Adolescencia art 9

2.1.2 Declaración de ginebra de 1924

El menor debe ser colocado en condiciones de desarrollarse de una manera normal, física y espiritualmente¹⁰.

2.1.3 Declaración de los derechos del niño

Fue aprobado por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1959 Se dispondrá la normatividad suficiente para brindar una protección y desarrollo integral del menor, pretendiendo siempre que prime el interés de este por encima del de los demás¹¹.

El interés superior del menor deberá ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, en un primer orden a sus padres¹².

2.1.4 Pacto internacional de los derechos civiles y políticos¹³

Todo menor tiene derecho a las medidas de protección que posee en su condición, sin dar lugar a algún tipo de discriminación sea cual sea su condición, tanto por parte de su familia como el estado.

2.1.5 Convención de los derechos del niño

Adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia mediante la ley 12 de 1991.

En cuanto a la protección de los menores nos hace referencia a que todas las medidas de carácter administrativo o judicial por parte de los órganos del estado tendrán una consideración primordial será el interés superior del menor, y de igual forma los estados parte de la convención se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sea necesario para su bienestar¹⁴.

¹⁰ Declaración de ginebra de 1924

¹¹ Artículo 2 Declaración De Los Derechos Del Niño

¹² Artículo 7 Declaración De Los Derechos Del Niño

¹³ Artículo 24.1 Pacto internacional de los derechos civiles y políticos

¹⁴ Artículo 3 Convención de los derechos del niño

2.1.6 Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales

Se deben adoptar las medidas especiales concernientes a la protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social y demás empleos nocivos para su salud y moral¹⁵.

2.1.7 Convención americana sobre derechos humanos

En la convención americana de los derechos humanos se trata el tema de los menores en el cual se hace alusión a que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado¹⁶.

2.2 JURISPRUDENCIA

El interés superior del menor, hace referencia a una característica de naturaleza real y relacional a cada una de las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor, por lo tanto, para determinar cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior del menor se deberá atender a las condiciones fácticas y jurídicas de cada caso en concreto¹⁷.

En cuanto a la protección del menor en la constitución tiene gran importancia toda vez que no solo se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de las necesidades básicas de protección, obtuvo un carácter especial y que prima por encima de la familia, la sociedad y el estado¹⁸.

¹⁵ Artículo 10.3 Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales

¹⁶ Artículo 19 Convención americana sobre derechos humanos

¹⁷ Corte constitucional, Sent. T 510 de 2003, M.P Manuel José cepeda espinosa

¹⁸ Corte constitucional, Sent. C 041 de 1994, M.P Eduardo Cifuentes Muños

Para hacer referencia a la protección del menor frente al estado posee gran relevancia en tanto esta protección tiene una característica especial, pretendiendo siempre un desarrollo normal y sano del menor desde todos los puntos de vista tanto físicos, morales, intelectuales y demás¹⁹.

2.3 PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Para los estados que hacen parte de la convención se debe reconocer a la familia como ese núcleo fundamental de la sociedad y que requiere una protección especial, con entera dedicación a la educación de sus hijos, como también que el matrimonio deberá llevarse a cabo a través del libre consentimiento de cada uno de los cónyuges²⁰.

Referente al tema de cómo deben ser falladas las controversias relacionadas con los menores nos encontramos con que los jueces deberán ser cuidadosos al momento de otorgar el régimen de visitas para el cónyuge que las solicite pues de ahí dependerá la recuperación u deterioro en su totalidad la unidad familiar²¹.

La corte constitucional nos habla de la unidad familiar como ese presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos fundamentales prevalecientes de los niños, donde le corresponde a la familia el cuidado, educación y formación de los menores, contando siempre con el apoyo del estado y la sociedad en general²².

¹⁹ Corte constitucional, Sent. T 514 de 1998

²⁰ Artículo 10 Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales

²¹ Corte Constitucional, Sent. T 523 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

²² Corte Constitucional, Sent. T 278 de 1994

2.3.1 Derecho a tener una familia y no ser separado de ella

Todos los menores tienen derecho a crecer bajo el amparo de la familia, a ser acogidos y no se expulsados de esta, la cual solo podrán ser separados de la familia cuando esta o garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, pero en ningún caso la condición económica de la familia dará lugar a la separación²³

El derecho de tener una familia no debe ser entendido como ese grupo humano que rodea al menor, por el contrario, deberá ser entendido como la integración real de los menores en un medio adecuado para su desarrollo, que deberá como mínimo poseer vínculos de afecto y confianza, en los cuales deberá desarrollarse relaciones equilibradas y armónicas entre los padres²⁴

2.3.2 Convención de los derechos del niño

Adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia mediante la ley 12 de 1991.

Se tendrá como obligación de los estados parte velar para que los menores no sean separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, teniendo en cuenta que la separación es necesaria en el interés superior del menor²⁵.

Al momento de separar a un menor de sus padres, se estaría violentando el derecho protegido que poseen tanto padres como hijos de relacionarse, el cual es protegido por la constitución a través de la acción de tutela, con la salvedad que anteriormente se hizo mención de la protección del interés superior del menor²⁶

²³ Artículo 2 Código de Infancia y la Adolescencia

²⁴ Corte Constitucional, Sent. T 997 de 2004 M.P Jaime Córdoba Triviño

²⁵ Artículo 9 Convención de los derechos del niño

²⁶ Corte Constitucional, Sent. T 408 de 1995 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES TIENEN DERECHO A QUE SUS PADRES EN FORMA PERMANENTE Y SOLIDARIA ASUMAN DIRECTA Y OPORTUNAMENTE SU CUSTODIA PARA SU DESARROLLO INTEGRAL

Los padres de común acuerdo dirigirán la educación de sus hijos, como también estarán a cargo de su formación intelectual y moral²⁷.

Al momento de la separación de los cónyuges el juez en la sentencia que determine la nulidad del matrimonio se dispondrá, la distribución de los hijos entre los padres,

Si existiere imposibilidad física u incompatibilidad moral para hacerse cargo de los menores por parte de sus padres, se dispondrá en cuidado de los mismos a las personas que la ley dispone para ello²⁸.

La custodia de los menores se encuentra a cargo de sus padres de manera solidaria y permanente para su desarrollo integral, de igual forma su cuidado personal se extiende para quienes convivan con ellos en su ámbito familiar, institucional u social²⁹

Para la corte constitucional la custodia de los menores en principio debe encontrarse en cabeza de sus padres, pues se tiene que eso es lo que más se ajusta al interés superior del menor, la separación del menor de sus padres es considerada como una excepción y solo deberá presentarse cuando sea lo más conveniente para el menor antes no se podrá llevar a cabo dicha separación³⁰

²⁷ Artículo 264 Código Civil

²⁸ Artículo 443 Código de Procedimiento Civil

²⁹ Artículo 23 Código De Infancia y Adolescencia, y artículo 18 Convención de los Derechos Del Niño

³⁰ Corte Constitucional, Sent. T 157 de 2002 M.P Manuel José Cepeda

2.4 DERECHO A LA IGUALDAD DE GÉNERO

Para la determinación de la custodia del menor se deberá tener en cuenta las capacidades parentales y las necesidades del menor.

Todas las personas poseen los mismos derechos sin hacer ningún tipo de discriminación, en este sentido el estado prestara todo lo necesario para que esa igualdad sea real y efectiva, de igual forma el estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en condición de debilidad manifiesta³¹.

Para la corte constitucional una de las bases fundamentales del estado social de derecho es la consagración del principio de igualdad material, una igualdad real y efectiva, como un objetivo para lograr condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano³²

2.5 SISTEMA DE EFICACIA DIRECTA DE LA CARTA POLÍTICA E INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Las normas de rango constitucional pueden aplicarse de manera directa en cualquiera de las relaciones jurídicas que tuvieren origen al interior del ordenamiento jurídico colombiano, en caso de presentarse que no exista norma aplicable para el caso en concreto el código general del proceso otorga al juez la facultad de aplicar las normas que crea conveniente.

³¹ Artículo 13, 42, 43 Constitución Política

³² Corte Constitucional, Sent. C 044/04 de 2002 M.P Jaime Araujo Rentería

Las normas contenidas en la constitución, tratados internacionales, convenios sobre los derechos de los niños hacen parte integral del código de infancia y adolescencia y sirven como material de interpretación³³

Las autoridades judiciales y administrativas a la hora de tomar una determinación respecto del interés superior del menor cuentan con un grado de discrecionalidad importante con el cual darán aplicación a las disposiciones jurídicas, en aplicación a las circunstancias fácticas de los menores implicados, determinando cual es la solución que mejor satisface dicho interés³⁴.

Respecto a la custodia compartida en nuestro país se han creado diferentes puntos de vista lo cierto es que a la hora de determinarla el juez u autoridad administrativa cuenta con un grado de discreción a la hora de tomar la determinación de quien se queda con el cuidado de los menores, siempre pretendiendo el interés superior del menor.

³³ Artículo 6 Código De Infancia y Adolescencia

³⁴ Corte Constitucional, Sent. T 397 DE 2004 M.P Manuel José Cepeda

CAPITULO 3.- DERECHO COMPARADO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

En esta oportunidad tenemos como único objetivo hacer la comparación de las diferentes legislaciones a lo largo del mundo respecto a la custodia compartida, para lo cual se ha seleccionado la de TEXAS, BRASIL e ITALIA.

Al momento de analizar las legislaciones anteriormente mencionadas nos encontramos con que poseen similitudes las cuales traeremos a colación y para empezar nos encontramos con que estas definen el concepto de custodia compartida como una política pública de Estado de la cual se tiene como objetivo asegurar el contacto frecuente y continuo del menor con sus padres, salvo que se encuentre con que este contacto va en contra del interés superior del menor.

Respecto a los padres se les otorgan derechos y deberes los cuales se cumplirán con responsabilidad, delimitando para cada uno un plan parental, al igual que en nuestro país estos eliminaron la discriminación para la asignación de la custodia en razón del sexo, edad o situación financiera.

Fue eliminada otra discriminación existente por determinado tiempo como lo es limitar el contacto de los niños con alguno de los padres debido a su corta edad, este avance representa para los menores asegurar que el vínculo afectivo que poseen tanto los padres por sus hijos y viceversa no tienda a desaparecer.

Sin lugar a duda uno de los temas que más llama la atención en este tema es la posibilidad que le fue otorgada al juez para modificar el régimen establecido y sancionar a uno de los padres cuando este infrinja de manera grave el régimen de la custodia compartida o presente falsas acusaciones en contra de su pareja.

Se estableció de igual forma la solución de conflictos que se pudieren llegar a presentar a través de la mediación, y se establecieron causales de improcedencia para acceder a la custodia compartida como lo es la violencia y el maltrato³⁵.

3.2 SENTENCIA POR MEDIO DE LA CUAL SE OTORGA LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARGENTINA.

Sin lugar a dudas nos encontramos con una decisión judicial que marca un punto de referencia el cual debemos adoptar en nuestro país y por los diferentes países latinoamericanos, como también a nivel mundial, es una sentencia trascendental para el desarrollo jurídico de un país, pues vemos como a pesar de no encontrarse legislada la custodia compartida, se observan las características de cada caso en concreto y se realiza un estudio para determinar que el interés del menor prima sobre cualquier cosa, donde el único objetivo es lograr una satisfacción de los derechos fundamentales del menor, pues en la sentencia esta custodia compartida lo único que genera es un vínculo afectivo más fuerte entre padres e hijos, ya que si se llegara a una separación de padre e hijo se afectaría la estabilidad emocional, y se dejaría de lado la responsabilidad de los padres frente a sus hijos de acompañarlos en su formación académica, moral y crianza en general.

Vemos como la tenencia compartida de los hijos genera un impacto positivo en sus hijos y al momento de la separación se afecta emocionalmente al menor y trasciende a su esfera social, logrando de esta manera una vulneración de derechos que no se puede permitir de ninguna manera ya que no solo la legislación nacional, sino también la legislación internacional nos presente un marco de garantías para los menores las cuales no se podrán violentar y por el contrario pretenderá el estado como la familia su protección por encima de

³⁵ TEXAS 153.001 Política Pública, BRASIL Ley Nº 11.698 del 13 de junio de 2008, ITALIA L 8 febrero de 2006 Nº 54, Disposiciones sobre la separación de los padres y la custodia compartida de los hijos.

muchos derechos, a la conclusión que se puede llegar con esta sentencia es que si bien no se es más pareja por el efecto del divorcio no podemos dejar de un lado el concepto de seguir siendo padres de familia, pues el menor requiere el contacto con sus padres, como cuando su núcleo familiar se encontraba intacto, ya que esto podrá mitigar de cierta manera sentimientos como el abandono, y el bajo autoestima, por el contrario con la custodia compartida un mejor cumplimiento de las funciones afectivas y normativas, por esta razón es que se llega a la determinación por parte de la justicia argentina de ser revocada la decisión de separar a los padres de sus hijos, y propiciado el interés superior del menor se accede al acuerdo presentado por los padres de familia y se tendrá una custodia compartida generando en el menor un impacto positivo como lo es el objetivo de las normas³⁶

3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO EN COLOMBIA QUE SOPORTAN LA CUSTODIA COMPARTIDA

Actualmente no existe una norma específica que regule la custodia compartida. El artículo 253 del código civil establece ejercer la custodia conjunta. El artículo 389 del código general del proceso da la posibilidad de darle la custodia a ambos padres. Derechos y principios constitucionales también respaldan este régimen, en especial, el principio del interés superior del menor, adoptado por la declaración de Ginebra de 1924, proclamado en la declaración universal de los derechos humanos en la declaración de los derechos del niño, en el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, en el pacto internacional de derechos civiles y políticos y en la convención sobre los derechos del niño. Todos ellos incorporados a la normatividad nacional mediante la ley 74 de 1968, la ley 16 de 1972 y la ley 12 de 1991. Dice el autor en todo caso los derechos

³⁶ Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil De Buenos Aires Argentina. Dra. Zulema Wilde, sala J, 24/11/1998. P, F, V, P, E, N, Segunda Instancia. Buenos Aires, Noviembre 24 de 1998.

fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, ordenan aplicar la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

CAPITULO 4.- ANÁLISIS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO

4.1 CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA

Para entender y adentrar en un análisis de una figura tan necesaria para los niños, lo primero será realizar un acercamiento al concepto primario de custodia “la custodia, es la responsabilidad que se tiene sobre la educación y el bienestar de una persona menor de edad (Diccionario Manual de la Lengua española , 2007) responsabilidad que se origina de una situación legal entre dos personas con respecto al menor de edad, generalmente derivada de una unión de familia o simplemente del ánimo de procreación, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de Derechos sobre los mismos, ello cuando no ha habido ningún tipo de ruptura.

La custodia compartida entonces será la que corresponde a los progenitores, o padres luego de una ruptura como lo es una separación o un divorcio, un tema que ha sido digno de debates puesto que se tiene como argumento general que en caso de separación están en mejor lugar al lado de la madre.

En Colombia la custodia del menor ha tenido una fundamentación jurídica bastante amplia, desde la Constitución Política de 1991, y numerosa jurisprudencia en donde se desarrolla el tema con prevalencia los derechos del menor.

En la Constitución Política desde su artículo 5° En virtud del tema a tratar, encontramos dos aspectos importantes, los derechos inalienables de la persona y la familia como institución básica de la sociedad, se adhiere a la declaración universal de Derechos, más adelante en el artículo 42 Igualmente en tratándose de la custodia el Estado garantiza la protección integral de la familia, y además en la igualdad de los derechos y deberes de la pareja con respecto a sus integrantes,

en este caso la carta Reconoce como derechos fundamentales “el cuidado y amor”, sin olvidar también el derecho fundamental a la “familia”; es obvio que quienes están a cargo inicialmente de ello son los padres, cumpliendo cada uno con su rol de maternidad y paternidad, velando y, al tiempo siendo el primer garante del bienestar en todos los sentidos, y escenarios del menor, procurando siempre un crecimiento integral teniendo en cuenta que serán sus primeros maestros; esa educación bajo ciertos aspectos es insustituible por dos razones : “primero: porque son los que mejor pueden conocer al niño y segundo porque son los que más confianza generan en los sentimientos del menor, conocimiento y confianza, son dos elementos básicos para la formación personalizada del infante la educación paterna y materna se entrelazan con los deberes de promoción, corrección, buen ejemplo los padres deben ser maestros de vida, asistencia, cuidado especial y ayuda " 1, nos encontramos también con el artículo 253 del Código Civil Colombiano de consuno con el artículo 264 *ibídem*, se otorga en primera medida el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, a los padres, a la madre al padre que también respectivamente deben dirigir la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual del modo más conveniente y de manera conjunta. En especial esa delimitación “de manera conjunta” valga la redundancia, debe entenderse el bienestar del menor como un fin común incluso si los padres o progenitores están separados, la labor, aunque no puede realizarse juntos, si debe realizarse de manera conjunta.

El Código de infancia y Adolescencia en el artículo 8° se define el concepto de interés superior del niño, como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los Derechos Humanos, que son indispensables, prevalentes e independientes; a la luz del tema a tratar el interés superior del niño trasciende la esfera del hogar, quienes asumen su custodia o se les es delegada, están llamados a protegerlos, guiarlos en cualquier entorno que vayan a desarrollar su niñez hasta su edad adulta. Cuando hay una separación no debe perderse este enfoque, en ocasiones se convierte en un tema

de rivalidades y jerarquías entre los padres, la mirada no puede perder bajo ninguna circunstancia el interés superior del menor; el Artículo 9 *ibídem*, advierte la prevalencia de los derechos del menor ante una decisión judicial de cualquier índole, sus derechos y la satisfacción integral de los mismos deben ser prioridad para las personas al cuidado de los menores y los terceros encargados por fines como por ejemplo educación que esta normatividad sea en efecto una realidad.

En el mismo Código el artículo 23, se les reconoce el derecho a la formación permanente, solidaria y oportuna de la custodia de sus padres para el desarrollo integral y se extiende a los terceros que puedan llegar a formar parte de ella; cuando se habla de forma permanente y solidaria debe darse un alcance mucho mayor al supuesto de familia conviviendo bajo el mismo techo, aún en medio de una ruptura o separación debe prevalecer este derecho de compartir con ambos progenitores, de manera solidaria y permanente, decisión que debe hacerse responsables los jueces en un proceso en que ambos deseen la custodia. A excepción de los casos en que uno de los dos represente un peligro inminente para el menor, y la presencia de este en su formación resultase más adversa que positiva para el mismo.

En un sentido estricto la Custodia para quienes asumen la responsabilidad de la familia, es sencillo en la medida que el cuidado de los hijos es una labor cotidiana que, aunque no es simple, la lógica familiar concebida a través del ánimo de formar y educar lo vuelve un acto mecánico impulsado por el amor a los hijos y la relación de pareja.

El quid del asunto es cuando a causa de una unión legal, sufre una ruptura y hay de por medio hijos, debido a que implica cambios importantes en la vida familiar y más aún cuando ambos padres quieren la custodia de los hijos, y al decir de la Dra. Norha Lucía González “el régimen de custodia compartida requiere la prescindencia de plantillas y/o modelos mentales preconcebidos; en ese orden de ideas, el sexo, la religión, la formación cultural, la ideología política, el color de la

piel, no deben incidir, pues el niño, la niña o el adolescente no pidió los padres que la naturaleza o la Ley le dio”(González, 2011), y es precisamente por este hecho, que en Colombia es frecuente ver niños y niñas envueltos en estos conflictos de pareja, bajo este enfoque hay muchas inquietudes que surgen respecto al interés del menor mientras supera estas nuevas circunstancias, como lo es un nuevo domicilio, la ausencia o aumento de personas en el entorno familiar y el proceso en algunos casos conflictivo de custodia y de la decisión de quien tiene la competencia para quedarse con el menor, en el caso que uno de los padres queda con la custodia.

Al respecto la Corte se ha pronunciado en la sentencia **T 408 de 1995** “el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella exige que cuando se esgrime el interés superior del menor, para exceptuarlo, se demuestre plenamente que este es real, independiente del criterio arbitrario de los padres, y necesario como garantía cierta del desarrollo sano de la personalidad del menor. En realidad, la regla general favorecerá siempre la relación permanente y estrecha de padres e hijos. La excepción a este principio está sometida, por lo tanto, a un estricto rigor probatorio, de modo que sólo resulta admisible cuando el daño que sufriría el menor y su gravedad sea manifiestos y exhiban una intensidad que la haga razonable e indispensable.

El derecho fundamental invocado (derechos de las relaciones personales entre padres e hijos) ha sido entendido por la Corte Constitucional como un derecho de doble vía. En efecto, tanto los padres como los hijos, en igual sentido e intensidad, tienen Derecho a relacionarse de manera permanente. Los padres, con el fin de hacer efectiva su función de guías y educadores, y lograra su realización personal como progenitores. Los hijos, como parte de su proceso normal de desarrollo, crecimiento y afirmación de personalidad. La unidad de la familia depende de la efectiva existencia de este vínculo vital que indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” en ese orden de ideas cuando se delegue custodia a uno de los padres y de alguna manera prive del derecho de padre e hijo de

relacionarse, en el proceso que se lleve a cabo debe haber un rigor probatorio, esto es, que no quede la menor duda en el proceso, que de no ser así, afectaría irremediablemente al menor, y aunque la Corte siempre Protegerá la familia como núcleo de la sociedad el hecho que este derecho de relaciones personales entre padres e hijos se haga efectivo la familia permanecerá, ya que se conserva a cabalidad ese vínculo vital y hay un proceso de formación conjunto.

Muchas son las inquietudes que surgen cuando a causa de una separación queda en medio los hijos, bajo el supuesto que los padres no cohabitaran bajo el mismo techo y sus vidas como es lo regular tendrán que tomar un fin diferente, preguntas como ¿Cuál será el nuevo domicilio del menor?, ¿Qué progenitor va tener su custodia?, y si ambos la desean pero no pueden cohabitar precisamente por el bien del menor y por qué los valores de la familia se han ido perdiendo ¿Qué posible solución hay para la custodia compartida?.

Ya se ha visto de forma general la normatividad que protege a los menores con respecto de la familia, en la sentencia que se trajo a colación se tiene como precedente judicial que siempre se va a proteger la Unión familiar exceptuando en los casos que se ponga en peligro el menor, también se pudo aducir que el vínculo vital puede mantenerse permanente desde que se sostengan las buenas relaciones personales padre e hijo, es por esto que respecto a las preguntas anteriormente relacionadas dentro de un proceso real de custodia serán un tema netamente probatorio, orientado primeramente al interés superior del menor, a la familia, y a la competencia de los progenitores para ejercer como tal, nuevamente haciendo un énfasis en el que no pueden existir prejuicios para determinar si un padre es o no competente para serlo, no puede mediar la religión, ni la piel, ni el sexo, sino otras razones como el amor, la aptitud, actitud y medios, que aunque no son un motivo definitivo van a pesar en un proceso. Y como se había advertido es un tema de rigor probatorio que debe llevar al juez a decidir en qué lugar y bajo la custodia de quien estaría mejor el menor, incluso ante un tercero. De igual forma cuando se desea la custodia compartida debe haber un acuerdo, no debería ser

un tema tan amplio y de discusión ya que ambos manifiestan voluntariamente la intención permanente y solidaria de formar al menor sin necesidad de cohabitar, en ese sentido domicilio, lugar de estudio, etc., deben ser tomados de común acuerdo; desafortunadamente en Colombia este tema se encuentra en pañales, hay un hilo a seguir que lo encontramos en la sentencia **T 858 DE 2010** Esta es una de las primeras sentencias constitucionales que dio inicio jurídicamente a la custodia compartida, que realmente no cualifica a la custodia compartida si no que se da como una medida transitoria para proteger los derechos del menor, inicialmente le es otorgada al padre que se valió de pruebas que no tuvieron lugar a la contradicción para obtener a custodia, que seguidamente la madre apelo mediante tutela y se le otorga el amparo de sus derechos hasta que bienestar de familia, rectifique su investigación.

4.2 PRIMERA SENTENCIA DE CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA (SENTENCIA 003 JUEZ SEXTO DE FAMILIA)³⁷

El señor JUAN CARLOS LAMBRAÑO VALLEJO presento demanda el día 26 de marzo en contra de la señora GLORIA ISABEL VALLEJO botero con el fin de obtener la custodia compartida de los hijos MARIA JOSE Y JUAN DAVID LAMBRAÑO VALLEJO, ya que la madre incumplió con el acuerdo que firmo en la cesación de efectos civiles, donde se comprometió con el padre de los menores a dejárselos ver durante la semana las veces que deseara.

El juez sexto de familia ALVARO CUARTAS GARCIA dicto sentencia en 2012, en donde otorgo tiempo por partes iguales dividiéndolo por semanas, pasando la mitad del tiempo con un padre y la otra mitad con el otro padre, que en ambas residencias tengan sus respectivas habitaciones, ropa, uniformes etc. Y que los padres costearan por partes iguales los estudios de los menores.

³⁷ Sent. 003 de 2012 juez sexto de familia. Alvaro Cuartas García

El juzgado no encontró razones de tipo jurídico, afectivo, psicológico ni de ninguna otra índole para no acceder a las pretensiones de la demanda, más aun cuando los padres se deben comprometer en la crianza, educación y orientación de los hijos.

Esta sentencia fue un precedente histórico ya que fue la primera sentencia que trata directamente la custodia compartida en Colombia.

4.3 INVESTIGACION - EL PSICÓLOGO JOSÉ MANUEL AGUILAR

Desarrollo una investigación sobre la custodia compartida en tanto si afectaba la salud psicológica y física de los niños³⁸ la conclusión que arrojo luego de entrevistar niños con custodia compartida y niños custodia monoparental (padre o madre) y de familias intactas; es que los niños que están bajo la custodia compartida de sus padres disfrutaban de mejor salud que los que tienen una custodia monoparental, los datos entonces le demostraron que la custodia compartida resulto ser más un elemento de protección de su salud mental y física, y que no hubo muestras que determinaran que afectaba al menor.

Por suerte la Custodia Compartida es un tema que ya el Congreso de la Republica está analizando, la realidad es que el marco jurídico colombiano con respecto a los menores necesita atención en este aspecto y más cuando se ha sido tan enfático en el interés superior del menor de edad y la prevalencia de sus Derechos Fundamentales, debido a la fundamentación legal y el amparo jurídico de la legislación con los niños y adolescentes es un tema que debió haberse pensado y más con el alto índice de separaciones en el país, aún si no fuera alto, al momento de pensar en una ruptura en donde media la situación de un menor , la posibilidad de ambos tener la custodia siempre debió estar ahí, puesto que las separaciones

³⁸<http://imaguilar.com/blog/wordpress/custodia-compartida-mejora-salud-ninos/>

no suponen necesariamente violencia y la falta de afecto total, por lo menos no con los hijos, de suerte hay protección a los derechos del menor y lo más seguro es que pronto haya regulación para el tema.

En Latinoamérica algunos países como: Puerto Rico, Brasil, Perú y México cuentan con normas sobre la custodia compartida, Colombia se opone a contagiarse de este sistema gracias a los tradicionalistas que se resisten a aceptar la realidad de la familia moderna, que se ha transformado y requiere nuevas maneras de enfrentar las necesidades de sus miembros.

La custodia monoparental en Colombia se da no porque una norma obligue al operador jurídico sino por la costumbre que viene décadas atrás. Actualmente el proyecto de custodia compartida en Colombia se encuentra en trámite y han sido aprobado en 2 debates. Tal debate avalado por el ICBF. La custodia compartida es entendible por que los niños, niñas y adolescentes necesitan contacto frecuente y continuo con sus padres.

En el congreso internacional primero la infancia, realizado el 29 y 30 de septiembre de 2009 en Bogotá el proyecto de ley de custodia compartida fue uno de los principales temas de discusión donde los asistentes como comisarios de familia, trabajadores sociales de juzgados de familia, sicólogos del Bienestar Familiar, etc. Hicieron múltiples propuestas al senador Juan Carlos Vélez Uribe, autor del proyecto de ley, propuestas que serán tenidas en cuenta para el proyecto con el fin de complementar, resolver críticas y mejorar lo aprobado por el senado.

4.4 ¿QUÉ ES LA COPARENTALIDAD?³⁹

En la custodia compartida para que los padres lleven a cabo una participación activa en la crianza y cuidado en el modo de vivir de los hijos donde los padres

³⁹ GIOVANNI RODRIGUEZ MEDINA., Custodia Compartida, primera edición, p.16.17.

actúan en conjunto para criar a sus hijos a través de un acuerdo llamado plan de coparentabilidad donde se plasman las condiciones del día a día del menor pensando en su mejor interés y bienestar como pueden ser;

- 1) Los derechos y deberes de los o la persona que actúe como custodio o tutor en relación con el niño, niña o adolescente.
- 2) Los periodos en que cada uno tendrá la custodia y accesos a los niños, niñas y adolescentes.
- 3) La cuota alimentaria a favor del niño, niña o adolescente.
- 4) Los mecanismos para optimizar el desarrollo de una relación estrecha y continua de cada padre con el niño, niña o adolescente, así como con su familia paterna y materna.
- 5) Como los padres compartirán la responsabilidad parental y como tomarán decisiones en común.
- 6) Como se comunicará el niño, niña o adolescente con cada padre y su familia extensa.
- 7) Qué proceso será usado para cambiar el plan o para la resolución de sus futuras disputas entre los padres.

4.5 SINDROME DE ALIENACION PARENTAL (SAP)⁴⁰

La alienación parental es un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. Cuando este síndrome se presenta, el hijo da su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienado.

El actor principal de este es el progenitor alienador, quien a menudo una persona sobre-protectora, ya sea por rabia, venganza, o provocado por celos.

⁴⁰ <http://www.amordepapa.org/que-es-el-sap/>

Se ve como víctima, tratado injustamente y cruelmente por el otro progenitor, el progenitor alienado, del cual se quiere vengar haciéndole creer a los hijos que el otro tiene toda la culpa.

4.5.1 Entre las consecuencias para los hijos encontramos;

- lleva al hijo a odiar y a rechazar a un padre que le quiere y al cual necesita.
- el lazo entre el hijo y el progenitor alienado será irremediablemente destruido, no se puede reconstruir el lazo entre el hijo y el progenitor alienado, si hay un vacío de unos años.
- el progenitor alienado llega a ser un forastero para los hijos. el modelo principal de los hijos será el progenitor patológico, mal adaptado y teniendo un disfuncionamiento. muchos de esos niños desarrollan trastornos psiquiátricos serios.

Inducir un síndrome de alienación parental a un hijo es una forma de maltrato, en casos de abuso sexual o físico, las víctimas llegan un día a superar las heridas y las humillaciones que han sufrido, al contrario, un abuso emocional tendrá repercusiones psicológicas y puede engendrar problemas psiquiátricos durante toda la vida.

El síndrome de alienación parental puede inducir en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad, imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica y a veces el suicidio.

Estudios han mostrado que, en cuanto sean adultas las víctimas de tal alienación, tienen inclinación al alcohol, las drogas, y presentan otros síntomas de un profundo malestar.

El sentimiento incontrolable de culpabilidad surge del hecho que el hijo, cuando es adulto, siente que ha sido cómplice, a pesar de él, de una gran injusticia infligida al progenitor alienado.

El progenitor alienador es a veces sociópata y sin consciencia moral, es incapaz de ver la situación desde otro ángulo que no sea el suyo, especialmente el punto de vista de los hijos. No distingue la diferencia entre decir la verdad y mentir, el progenitor alienador es muy convincente en su desamparo y en sus descripciones, muy a menudo la gente implicada llega a creerle (policía, asistentes sociales, abogados y los mismos psicólogos)

4.5.2 Se identifica el síndrome de alienación parental (SAP);

Examinando 700 casos de separaciones conflictivas durante los 12 últimos años, se identificaron 4 criterios para predecir que el proceso de alienación está en curso

a) obstrucción a todo contacto: la razón más invocada es el hecho que el otro progenitor no es capaz de ocuparse de los hijos y que estos no se sienten bien cuando vuelven de la visita.

b) denuncias falsas de abuso: el más grave que se invoca es el abuso sexual, ocurre en la mitad de los casos de separación problemática, especialmente si los hijos son niños ya que son más manejables..

c) deterioro de la relación desde la separación: es el criterio más decisivo, es importante que el examen de la relación antes de la separación sea hecho con mucha minuciosidad.

El experto designado se conforma con la descripción que los hijos dan de la situación actual, sin intentar indagar como era la relación antes de la separación.

d) reacción de miedo por parte de los hijos: el hijo puede mostrar reacciones evidentes, de miedo, desagrado o desacuerdo con el progenitor alienador. el mensaje de este es claro: hay que elegirme “a mí”, si el hijo desobedece a esta directiva, especialmente expresando una aprobación hacia el progenitor ausente, el hijo pagara el precio.

Es común que el progenitor alienador amenace al hijo con abandonarlo o mandarlo a vivir con el otro progenitor.

- el hijo es puesto en una situación de dependencia y está sometido regularmente a tests de lealtad.
- este procedimiento actúa sobre la emoción más fundamental del ser humano: el miedo a ser abandonado.
- el hijo se ve obligado de escoger entre sus padres, lo que está en total oposición con el desarrollo armónico de su bienestar emocional.

En estas circunstancias, el hijo desarrolla una asiduidad particular de no defraudar al progenitor alienador, este puede hasta permitirse el dar la impresión de ser sorprendido por la actitud de sus hijos, cuando manifiestan una posición hacia el progenitor ausente.

Para sobrevivir, estos hijos aprenden a manipular, se hacen expertos prematuros para descifrar el ambiente emocional, para decir nada más que una parte de la verdad y, al fin y al cabo, para enredarse en las mentiras y expresar emociones falsas.

4.5.3 Estados de la enfermedad del síndrome de alienación parental

- **Estado 1 ligero:** las visitas pasan en general de manera calmada, con un poco de dificultades en el momento del cambio de progenitor, en cuanto el hijo está con el progenitor alienado, las manifestaciones de la campaña de denigración desaparecen o se hacen discretas y raras.
- **Estado 2 medio:** el progenitor alienador utiliza gran variedad de tácticas para excluir al otro progenitor, en el momento de cambio de progenitor, los hijos, que saben lo que el progenitor alienador quiere escuchar, intensifican su campaña de denigración, los argumentos utilizados son más numerosos, más frívolos y más absurdos. el progenitor alienado es completamente malo y el otro completamente bueno.
- **Estado 3 grave o crítico:** los hijos están en general perturbados y a menudo fanáticos, tienen los mismos fantasmas paranoicos que el

progenitor alienador hacia el otro progenitor, pueden entrar en pánico por la sola idea de tener que visitar al otro progenitor, sus gritos, su estado de pánico y sus explosiones de violencia pueden ser tales que visitar al otro progenitor llega a ser imposible, si a pesar de eso se van con el progenitor alienado, pueden huir, paralizarse por un miedo mórbido, o adoptar una actitud continua tan provocadora y destructora, que llega a ser necesario llevarlos de vuelta con el otro progenitor.

4.5.4 Tratar la enfermedad en el estado iii (grave)

La única salvación para el hijo es el cambio de tenencia, el carácter definitivo de esta medida depende del comportamiento del progenitor alienador esta medida debe ser acompañada con un tratamiento psicológico que se complica aún más porque el hijo no quiere cooperar

Esta falta de cooperación parece volver imposible el cambio de tenencia y la creencia muy arraigada de que es mejor no separar a un hijo de su madre (en el caso de que ella sea el progenitor alienador) sin importar el grado de locura, sin lugar a dudas es la única solución para el síndrome de alienación parental en grado grave o crítico.

CAPITULO 5.- ANEXOS TRABAJO DE CAMPO

5.1 ENTREVISTA ABOGADA ESTELLA VALENCIA #1

NOMBRE: Estella Valencia - Defensora de Familia

TITULOS: Abogada especializada en Derecho de Familia

GRADUADA EN: Universidad de Medellín

OCUPACIÓN: Defensora de Familia

ENTIDAD DONDE TRABAJA: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Aburra Sur

TRABAJA PARA LA ENTIDAD DESDE: 10 de febrero de 2010

OBJETIVO DE SU LABOR: Restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia y de sus familias.

OTROS EMPLEOS: Comisaria de familia (Municipio de Guatapé Antioquia)

FECHA DE LA ENTREVISTA: Entrevista realizada el 30 de junio de 2015

¿Cuál es su concepto acerca de la custodia compartida?

En nuestra cultura es muy difícil aplicar esa figura por que en Colombia vivimos con el convencimiento de que el hombre es el que trabaja y es el que cubre las necesidades del hogar y la mujer es quien cuida los hijos.

Es una vulneración de derechos del niño, porque no tiene la posibilidad de arraigo, de sentido de pertenencia, de tener un lugar fijo en donde estar, a donde ir, de saber que hay un lugar que es de él, donde él puede tener su cama, su ropa, sus juguetes, de tener “un lugar propio a donde llegar”. En la custodia compartida el niño no es de aquí, ni es de allá, sino que se convierte en el “objeto” con el que el papa y la mamá se disputan un derecho.

Con la custodia compartida se está en contravía del artículo octavo y noveno de la ley 1098 de 2006, que habla del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, con el agravante de que en la mayoría de los casos, por no decir en todos, quien cuida de esos niños son terceras personas, porque no es precisamente porque sea el papá y la mamá los van a ejercer esa custodia y esos

cuidados personales, sino que la mayoría de las veces delegan esa delicada función, en la familia extensa o en personas extrañas.

Con la custodia compartida se evidencia la prevalencia de los derechos de los adultos, que buscan la forma de castigar a su pareja por el hecho de la separación o los conflictos que generaron la separación, porque muy pocas veces (ellos) están pensando en el niño al tomar esa decisión.

¿Estando en este cargo como defensora de familia le han solicitado la figura de custodia compartida?

No, porque las personas desconocen esa figura

5.2 ENTREVISTA ABOGADA NORHA LUCÍA ORTIZ GONZÁLEZ #2

NOMBRE: Norha Lucía Ortiz González

TÍTULOS: Abogada especialista en: derecho comercial, derecho procesal civil y derecho de familia diplomada seguridad social, conciliación, mediación y justicia de género

GRADUADO(A) EN:

OCUPACIÓN: directora regional (ad honorem) fundación primero la infancia, abogada independiente

ENTIDAD DONDE TRABAJA: ejercicio independiente, clínica para la familia. (Actual)

TRABAJA PARA LA ENTIDAD DESDE:

OBJETIVO DE SU LABOR: administrar justicia

OTROS EMPLEOS: ejercicio independiente de la profesión

Notaria séptima de Medellín, clínica para la familia. (Actual), conciliadora a prevención, fundación primero la infancia, universidad de Medellín, instituto colombiano de bienestar familiar, entre otros

FECHA DE LA ENTREVISTA: 03/09/2015

5.2.1 Audio entrevista #2

¿QUE ES PARA USTED LA CUSTODIA COMPARTIDA?

R: NORHA LUCÍA ORTIZ Adoptar en primer lugar por todo operador de justicia las medidas por excelencia, la demás deben de ser residuales. Porque la medida por excelencia, y porque nuestra constitución política nos trae muy presente que los niños tienen derecho a una familia **¿y quiénes son la familia?** papa y mama en primera instancia, los padres no se eligen, la vida, la naturaleza o un fallo judicial de adopción nos da entonces de entrada pasa por decir que de acuerdo con la ley papa y mama tienen igualdad de postura e igualdad de derecho y obligaciones sobre los niños entonces es la custodia compartida la medida natural y jurídica es ideal para proteger los derechos fundamentales de los niños niñas y adolescente. Hay muchas miradas frente a este tema, muchas miradas frente al asunto, pero no todas comparten ese propósito de proteger o garantizar el derecho de la infancia, **¿y porque lo digo?** porque se observan contiendas que procuran casi siempre por el interés del abogado o por el interés del representado mas no por el interés del niño, niña o adolescente y tú fuiste niño y quien me escuche fue niño y muy posiblemente tuvo papa y mama gordito, groserito, bajita, feíta con depresión con todo pero eso son, los que la vida, la naturaleza o la ley es ahora una adopción de bien entonces para mi es una medida de protección para los niños niñas y adolescentes.

¿PORQUE CREE USTED QUE NO SE DA BIEN LA APLICACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ Por qué no se da con la apertura que se diera por qué no estamos desaprendiendo y hay todavía personas que se anclan, constructos de antaño acuérdate que se decía que madre no es sino una y que padre es cualquiera entonces que las mamas son súper poderosas y que pueden amar, criar, educar, corregir adecuadamente el niño sin la presencia de papa y hago esta salvedad que no es mirada de género o parcializada hacia la mama pero es que culturalmente o tradicionalmente vemos los problemas judiciales que

la custodia y cuidados personales es de la mama, tu tocas la puerta de una comisaria de familia cualquiera y te pones a conversar con el vigilante con el que saca las fotocopias, con el ciudadano de a pie y tienen ese ideario y tienen en su constructo mental la idea muy atarazada que la custodia es de la mama, entonces cuando tú vas a hablar de tenencia compartida te salen personas operarios de mucho tiempo o de poco tiempo (y de dónde saca esa idea) y es que no es una idea es una “norma” y ya tenemos la ley de infancia y adolescencia ya hace 10 años y no hemos sido capaces de entender que por ministerio de ley corresponde a los dos, ahora si nos devolvemos al código civil también aparece plasmado toca del consumo de los padres velar por la educación y crianza de los hijos entonces por qué no lo vemos porque no hay voluntad porque es cómodo decir que simplemente que la custodia le pertenece a la mama para dejar eso en una plantilla para no generar apertura social, equidad de género, equidad del niño, porque es cómodo anclarse a modelos antiguos, es cómodo no ahondar en garantías, porque una regulación de custodia compartida no es ágil, porque cuando el juez, el comisario o el defensor de familia deciden sobre esta medida garantista tienen que abrirse de mente y empezar a comparar y armonizar los dos espacios , si este niño va estar parte del tiempo con papa y parte del tiempo con la mama habrá que ver que las circunstancias sean parecidas me explico dormitorios parecidos, uniforme y ropa de calle en ambos espacios, normas similares, premios y castigos similares entonces quizá lo apresurado de este mundo la congestión judicial, no le permite al operador detenerse en estos temas tan profundos, porque cuando se confecciona y me gusta mucho hablar como del tema de la modistería se hace una sentencia para una niña, niño o adolescente en materia de custodia compartida hay que hacer un trajecito hecho a la medida de el niño, no es lo mismo tener un niño autista, down con alguna problema de aprendizaje, tiempo compartido a tener un niño que en su momento llamamos normal, no es lo mismo el adolescente, él bebe etc., entonces es por eso que la mirada debe ser muy particular y respondo a tu pregunta que la congestión y la presión de responder a una estadísticas la presión de evacuar las cosas rápidamente hacen que el

operado de justicia pierda el encanto y el interés por una regulación tan profunda y tan responsable como esta.

¿ÓSEA COMO LA CELERIDAD? es la que lo presiona y ellos lo ven es por otro lado y se desvirtúan totalmente de lo que es una justicia digámoslo así.

Al abogado también le da pereza, no hay voluntad

5.2.2 Audio 2 entrevista #2

¿CUÁL ES SU OPINIÓN DE LOS ABOGADOS?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ Hay poco compromiso y mucho modelo mental que no avanza, hay muchas vacas sagradas del derecho que se apegan de unas plantillas que es lo más perverso que puede haber en materia de trabajo del litigio por que cada demanda y eso se lo aprendí a mi profesor JOSÉ PARRA BENÍTEZ mi eterno profesor que es distinta, porque tienes que empezar de cero a construir y cuando se plantea una propuesta de custodia compartida tú tienes que sentarte horas con ese papa, horas con esa mama, a ver cómo es que le van a garantizar a esos niños los derechos como va a ser el proyecto de vida en los dos espacios

¿OSEA QUE SU IDEA ES MAS QUE TODO QUE HACE FALTA MAS COMPROMISO Y CONCIENCIA?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ Además que los abogados no debemos actuar solos, trabajar en derechos de familia te obliga así a tener una mirada psicosocial para eso hay que apalancarse de los profesionales de la psicología, de la salud cuando el usuario llega y decir primero es el paso o el concepto de la sanidad de la relación padre e hijo madre e hija con ese niño para tu avanzar, precisamente por ese deber de corresponsabilidad, tu no puede por deporte trabar una Litis sin saber cómo viene de atrás sin saber si le aporta o no al niño porque primero somos corresponsables en eso insistiré siempre y entonces si yo como abogada

soy corresponsable de la salud de esa niña tendría que ver que esa relación con su padre y su madre que solicitan la custodia compartida sea sana, sea garantista Toda demanda de custodia compartida tiene que apalancarse en un buen dictamen psicosocial y eso nos retarda el tiempo a los abogados porque nos facturamos después, afecta los intereses económicos por supuesto, de ahí que se torna un poco compleja la medida o la petición de custodia compartida y también la sed de justicia propia de nuestros usuarios que impiden que se dé con los espacios y los tiempos que se requieren.

¿USTED CONSIDERA DOCTORA QUE ES FÁCIL IMPLEMENTAR EL MODELO QUE HAY EN ESPAÑA POR EJEMPLO DE UNA SOLA VIVIENDA PARA EL MENOR?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ no las condiciones económicas y culturales es difícil, entonces por lo tanto en Colombia se debe solicitar un hogar uno con el papa y otro con la madre, pero con gastos compartido en porcentajes iguales o los más equitativos posibles porque hay de caso a caso puede que los papas no vivan en el mismo municipio o la misma ciudad entonces no podríamos hablar de tiempos iguales y que sucede en esos casos habrá custodia compartida por ejemplo: en vacaciones uno o dos meses con el progenitor que no está en la ciudad y otros dos meses con mama , es que compartir no es 50-50 compartir es que se disfrute y que los niños, niñas y adolescentes aprendan esos valores de equidad de justicia de responsabilidad y que ellos se sientan protegidos por sus dos papas, ¡por qué yo no puedo imaginar que experimenta un niño que solo ve al papa cada 15 días como están los formatos actualmente! ósea cuatro días al mes come con el papa, sale con la novia del papa y me devuelvo donde mi mama a que me regañe, pues no tiene sentido.

¿USTED CONSIDERA QUE LA NORMA EN ESTE MOMENTO FACULTA A UNA CUSTODIA COMPARTIDA POR EJEMPLO: EL ARTICULO 23 USTED

CONSIDERA QUE LO FACULTA O ES FALTA DE INTERPRETACIÓN O ES AMBIGUO?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ la norma es clarísima, las norma para mi es suficientemente clara y le da los elementos al juez, defensor o comisario para regular, falta que ellos crean en que es posible que se apropien de esas medida que pueda darle la interpretación como abogado y por eso te felicito que estés ahondando en estos temas dada tu juventud que bueno que seamos más los que pensemos una verdadera responsabilidad para con estas generaciones a partir de esta medida tan protectora como la custodia compartida.

¿USTED CONSIDERA DOCTORA QUE MAS NORMAS EXISTEN PARA USTED APARTE DE..?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ todo el bloque de constitucionalidad favorece pues, tenemos los convenios firmados por nuestro país y todos apunta a que la necesidad de que los niños compartan esos espacios de cuidado con sus progenitores mirar la realidad social, mirar la cifras de delincuencia, el 92 % de nuestros jovencitos adolescentes infractores son niños sin papa, quien imparte y pone la norma el papa entonces que está pasando estamos haciendo con nuestras futuras generaciones el papa no sabe hacer chulitos pero sabe hacer muchas cosas que se puede compartir para la vida.

¿CUANDO EL PADRE SOLICITA LA CUSTODIA COMPARTIDA ES PORQUE LE NACE NO PORQUE SE LE QUIERA IMPONER UNA CARGA?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ exacto, y no todas la veces la custodia compartida favorece al niño, hagamos énfasis que estamos hablando de los cuidados compartidos, la custodia es por ley de los dos, entonces cuando tocamos la puerta del Estado es para equiparar los tiempos de cuidado entonces, no todas la veces ese papa o esa mama tiene la posibilidad espacial y temporal para alternar los cuidados del niño, puede ser que viaje constantemente o por su situación económica no permita darle la calidad de vida al niño que él requiere entonces

hay que detenernos a pensar que el interés superior debe ser del niño y no del progenitor y así tenemos que ser lapsos, no podemos pensar en una alternancia de tiempos en un bebe lactante pues tremendamente es obligarlo a separarse del seno materno que tanto necesita por ejemplo a partir de uno o dos años en donde el padre tenga la capacidad de hacer el papel de la madre brindándole los cuidados necesarios al niño, papa es capaz de preparar sopillas, preparar compotas, desvelarse, cambiar pañales. Incluso se oye en los medios de prensa decir “un aplauso para la mama que es papa” **DR: NORHA LUCÍA ORTIZ** ¿QUIÉN DIJO QUE SE ES PAPA Y MAMA? no se es padre y madre, se es papa o se es mama, piensa en los niños que van a las clases extracurriculares de danza de deporte de pintura y lo saturan y lo saturan y con todos esos profesores debe estar va y lo cuida la prima, la abuelita, la amiga la vecina, todos menos el papa y con ello dicen que mama es súper poderosa y a cargo de ellos esta mama, pero papa no aparece acá, entonces la mama se va a darse un merecido recreo con sus amiga a bailar, a pasear ¿y el niño con quien se queda? con cualquiera distinto de Papá. Es un estigma.

¿DOCTORA EN QUÉ AÑO FUE LA CUSTODIA COMPARTIDA SUYA?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ Pues aparecen con la ley de infancia y adolescencia, pero ya veníamos con otros vestigios a partir del propio código civil, pero con la ley de infancia y adolescencia ya es más claro, nos posibilita y nos da más herramientas a los abogados para seguir tocando la puerta. han habido proyectos de ley que han liderado la fundación que represento la fundación primero la infancia, para que haya una ley en materia de custodia compartida no ha prosperado, pero yo comparto lo que decía el fallecido CARLOS GAVIRIA, no hay que esperar una norma no hace falta ya está, la constitución, el código de procedimiento civil en su momento, el código civil, el código de infancia y adolescencia, el bloque de constitucionalidad, todo apunta a hay que proteger los derechos de infancia y adolescencia de forma prioritaria, así que no es buena nueva ya la tenemos con nosotros, no hay que esperar el mesías llamado ley de

custodia compartida, ya está con nosotros, hay que usarla y tiene que haber voluntad y ganas.

¿OSEA QUE NUESTRA TESIS NO PUEDE IR TAN ENFOCADA A QUE ESPIDAN UNA LEY SINO A DARLE EL CONOCIMIENTO AL A SOCIEDAD DE QUE YA EXISTE?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ claro entonces que expliquen los beneficios de la custodia compartida se explore, temas como la comunidad de Madrid como a evaluado y avanzado en materia de custodia compartida como cambiar la medida porque sabemos que la custodia no hace tránsito a cosa juzgada material, así hoy en día el juez adopta una medida de custodia y cuidados personales compartidos y después se observa que no corresponde al mejor interés del niño, pues se desmonta y ya se hablaría de una custodia monoparental pero si en ultimo el clamor profundo nuestro es, que a los niños no se les someta a una custodia monoparental no pedida, que no se le deje en una semiorfandad no pedida, eso es lo que estamos tratando de hacer.

¿DEBERÍA DE SER DE OFICIO? (debería ser) pero hay algunos modelos que sí, he conocido algunas sentencias que inclusive en la admisión de la demanda

¿MODELOS EN DONDE?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ aquí hay dos jueces en Medellín, unos jueces dicen que usted no tiene por qué pedirme la custodia compartida ¿Por qué? si ya existe, adecuarla la demanda, yo bendigo cuando eso ocurre, él me dice eso por señas, de que el entiende que la custodia por ley es compartida, que lo que tengo que pedir es que los cuidados personales sean equitativos entre los padres entonces, se enfoca diferente hay que tener mucho cuidado como formulamos las pretensiones de la demanda indicando con toda concreción que es lo que queremos, planteándole al juez como va a moverse esa custodia compartida es decir solicito señor juez que los cuidados personales del niño tal se alternen entre sus padres de tal manera, un ejemplo de lunes a miércoles esté con la mama,

jueves a sábado con el papa el domingo se comparta entre los dos un plan de coparentalidad.

¿A USTED EN QUE AÑO LE OTORGARON LA PRIMER CUSTODIA COMPARTIDA, CUANTAS LE HAN OTORGADO?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ han sido muy luchas y todas me han tocado el corazón por el compromiso y la entrega que se le pone, creo recordar año 2011 sentencia emblemática de los niños Lambraño vallejo están en la página del Facebook de la fundación primero la infancia, Sentencia del juez 6º de familia de Medellín, juez ALVARO CUARTAS, lo que la hace importante para ellos es que partió de una resistencia tremenda, voraz de la contraparte que se dedicó, como en todos los casos a cuestionar a la contraparte, a ella misma, fue muy duro.

¿FUE LA PRIMERA SENTENCIA EN MEDELLIN?

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ en el país hasta donde yo sé porque en el 2000 hay una sentencia en Bogotá, pero no es muy clara en cuanto a la custodia compartida como tal.

5.2.3Audio 3 entrevista #2

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ esta es una resolución tan seria que he sacado unas cosas muy importantes para la vida, esta comportamiento extraño, consecuencias para el niño, relaciones con los padres, las redes de vínculos afectivos, el vínculo implica tal cosa, la constitución del 91, la cultura de compartir a los hijos es una buena medida y debe verificarse siempre que sea posible, ¿pero que implica? y el desarrolla aquí que implica la custodia compartida entonces por eso yo le sugiero que hables con él, con el DR. CALOS ALBERTO VELÁZQUEZ ESCOBAR él es una persona muy interesante que habla en términos muy interesantes y él es interdisciplinario, para mí que he sufrido y cuando yo te digo sufrido, tómalo literal como los desaciertos de las comisarías de familia encontrar un buen equipo

interdisciplinario en la comisaría de belén. Vale la pena, me parece muy competente la psicóloga, la trabajadora social, pues siempre tiene un papel pasivo además ella ya está trabajando con el comisario es muy buena psicóloga y habla muy bien de estos temas de custodia, en belén, uno habla como le va. Y este es un papa de un niño de 12 años y un papa que tuvo una mala asesoría en la unión marital de hecho y este instituto le salió por 2500 millones de pesos y que tiene que sacar mucho dinero y de la noche a la mañana la mama le pidió aumento de cuota y él dijo no, no te aumento la cuota, ella le manda una carta y ella le manda una carta, y ahora veras el siguiente paso. Y es que el niño nunca le volvió a pasar al teléfono, no iba, pero de la noche a la mañana llegaron del exterior y ya el niño no le gustaba estar con el papa, entonces se formuló toda esta denuncia por violencia intrafamiliar y pues al final nos salió con problemas de síndrome de alienación parental, entonces le consulta a la familia y así lo advierte el comisario, pero dice que como la expresión es tan cortica que remite a la clínica para la familia para que avance en el tema y la clínica para la familia le manda un correo donde dice que no que ella se limitó a evaluar al papa y la mama y yo que!!! ¿Y el niño qué? por eso estaba tan disgustada ahora con la clínica.

¡PUES Y ES QUE ELLOS SON LO MENOS INDICADOS PARA ENTREVISTAR!

DR: NORHA LUCÍA ORTIZ Eso es muy difícil pero muy gratificante cuando hay cosas de por medio.

5.3 ENCUESTA JUEZ JESÚS TIBERIO JARAMILLO ARBELÁEZ #3

Nombre: JESUS TIBERIO JARAMILLO ARBELAEZ

Títulos: ABOGADO

Graduado(a) en: 1989

Ocupación: JUEZ 2º DE FAMILIA

Entidad donde trabaja: RAMA JUDICIAL

Trabaja para la entidad desde: 01/10/1979

Objetivo de su labor: ADMINISTRAR JUSTICIA

Otros empleos: CITADOR, ESCRIBIENTE Y OFICIAL MAYOR

Fecha de la entrevista: 29/09/2015

1. Conoce usted el sistema de custodia compartida.

R: Si lo conoce

2. Ha llegado a conceder la custodia compartida.

R: no lo he llegado a conceder precisamente por no estar consagrado en las normas colombianas

3. Si lo ha hecho; en que normas se basó para otorgar la custodia compartida.

R: xxxxxx

4. Porque cree que el sistema de custodia compartida no se aplica con frecuencia en Colombia.

R: justamente por no estar esta figura contemplada en el ordenamiento jurídico

5.Cuál de los dos sistemas cree usted que es más beneficioso para los menores en Colombia.

R: el de la custodia compartida seria el ideal, pero desafortunadamente la cultura que existe en los colombianos no están preparados ni son aptos los padres para asumirla

6. Que desventajas tiene el sistema de custodia compartida y el sistema tradicional.

R: considero que el sistema tradicional es el que más se ajusta a la realidad actual, mientras que la custodia compartida requiere de una regulación y socialización de la relación padres e hijos (difícil)

7. Tiene conocimiento de estudios psicológicos que apoyan la custodia compartida.

R: si

8. Qué ventaja o fortaleza tiene el sistema de custodia compartida y el sistema tradicional.

R: les permitirá a los hijos tener bien definidos las figuras paterna y materna, además de que contribuye a un auténtico desarrollo de los menores

9. En el evento que haya otorgado custodia compartida, usted se ha enterado si ha sido beneficioso o perjudicial para el menor

R: xxxxx

CAPITULO 6.- CONCLUSIONES

Cuando hay una separación o ruptura entre dos personas que han decidido procrear y formar una familia, el vínculo creado entre ese círculo familiar se va a ver afectado. Esta decisión o circunstancia de separación que puede ser legal o de hecho se convierte en un elemento determinante para regular la continuidad de su vida cotidiana en los menores inmersos en ello.

Y uno de los inconvenientes de máxima importancia, es con quien van a convivir los menores, es decir, cuál de los progenitores va conservar la custodia de los hijos, que será pues un tema que se define ya sea voluntariamente o mediante proceso judicial en donde se concretará el modelo de guarda y custodia más acorde a las circunstancias de los menores. Para llegar a una conclusión coherente frente a nuestro trabajo debemos tener en cuenta que el eje central en la custodia compartida son los hijos y el bienestar de estos, bajo el principio que prevalece el interés superior del menor donde a través de nuestra investigación y trabajo de campo identificamos que la custodia compartida tiene consecuencias negativas derivadas de la no aplicación y consecuencias positivas derivadas de la aplicación, donde encontramos, frente a las consecuencias negativas a nuestro sentir, que estas se dan frente a la custodia monoparental. En cuanto a los menores estos sufren: baja autoestima, actividad sexual precoz, están insatisfechos con el tiempo que comparten con sus padres, son impacientes, tienen una relación negativa con sus padres, son conflictivos con sus hermano, más propensos a cometer delitos, no se adaptan al cambio del entorno familiar, depresión y baja salud sicológica y física, problemas de identidad de género, bajo nivel académico, embarazos a corta edad. En cuanto a los padres: estos se atrasan en la cuota de alimentos, son conflictivos, poca comunicación entre los padres, utilizan técnicas de presión para controlar al menor y ponerlo en contra del progenitor no custodio, no trabajan juntos en el bienestar del hijo. Identificamos que en caso contrario en custodia compartida son más consecuencias positivas

frente a los de custodia monoparental ya que los hijos: están mejor adaptados al cambio del entorno familiar, más estabilidad emocional, menos problema de identidad de género, mejor salud mental y física, mayor autoestima, mayor valoración y confianza, conservan el nivel académico, mejor relación con sus padres y hermanos, están más conformes y satisfechos con el tiempo que comparten con sus padres. Y los padres bajo el modelo de custodia compartida: estos manejan mejor el conflicto, son más cumplidos con los pagos de cuota de alimentos, manejan una mejor relación y trabajan en equipo, cooperan para el cuidado, educación y crianza del menor buscando su mejor bienestar.

Por lo anterior deducimos que paradójicamente los menores en custodia compartida están más satisfechos con el tiempo compartido con sus padres ya que este es de mejor calidad que cantidad de tiempo en cuanto a cuidado, crianza, educación, orientación, juegos etc. que los menores de familias intactas.

Habiendo hecho un análisis de los beneficios de la custodia compartida y teniendo en cuenta que esta figura tiende al aumento de su aplicación dado que cada día son más frecuentes los divorcios o separación de hecho según el caso, además existe la alternativa más lógica y natural, pacífica y culta que demuestra el verdadero amor hacia los menores como es aquella donde prima la madurez de los padres que se están separando y consiste en que de común acuerdo y sin llegar al juez pactan las condiciones, derechos y obligaciones de ellos con el menor y alternan el tiempo para compartir con el hijo. Es común para las personas que surja la pregunta acerca de la inestabilidad emocional que genera ese cambio de domicilio permanente frente al menor en cuanto a sus amigos, pertenencias, entorno social, educación y su vida cotidiana ya que estaría rodeado de dos ambientes, por ello traemos a colación al derecho comparado con España ya que es allí donde el domicilio del menor es uno solo y quienes se desplazan de manera alternada son los padres, esto en comparación a Colombia sería poco aplicable en cuanto al domicilio debido a las dificultades económicas, subsiguiente a ello hallamos la falta de conocimiento sobre la custodia compartida o la mala

interpretación del art 23 de la ley 1098 ya que de este se deriva la custodia compartida.

Con nuestro trabajo de campo logramos constatar que algunos operadores de justicia que tienen en sus manos la decisión de la custodia y bien sea por su desconocimiento o mala interpretación no llevan a cabo la aplicación de la figura tratada en este trabajo, y por tradicionalistas, modelos arraigados, estereotipados o conservadores que generalmente aplican la custodia monoparental.

BIBLIOGRAFÍA;

- revista ciencias humanas 2001 #8, páginas 65 - 72, custodia compartida: (Olga lucia Restrepo: abogada especializada en derecho de familia, profesora de derecho civil general y derecho de familia, universidad de san buenaventura Cali).
- vademécum de familia, volumen 11, año 2011, paginas 57 – 68, la custodia compartida: una medida viable y necesaria en la justicia colombiana (norha lucia Ortiz González)
- justicia, no. 20 - pp. 56-70 - diciembre 2011 - universidad simón bolívar - barranquilla, Colombia - issn: 0124-7441 (helena morales ortega, Jennifer castillo bolaño).
-

CIBERGRAFIA;

- <http://www.taringa.net/posts/ciencia-educacion/14111881/como-elaborar-un-proyecto.html>
- <http://jmaguilar.com/blog/wordpress/custodia-compartida-mejora-salud-ninos/>
- <http://blogs.elespectador.com/codigo/2009/12/custodia-de-los-hijos-una-batalla-de-afectos/>

- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-689-12.htm>
- <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/portalicbf/normatividadgestion>
- http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000_pr008.html
- <http://www.padresporsiempre.com/custodia.html>
- <http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia>
- <http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia/articloe/viewfile/163/160>
- <http://www.amordepapa.org/que-es-el-sap/>