

**LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y EL DERECHO COMPARADO EN
ESPAÑA**

**JHON ALEXANDER CABRERA ACOSTA
JOSÉ LUIS SATIZABAL GARCÍA
STEPHANIA VARGAS MADROÑERO**



**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CALI
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2016**

**LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y EL DERECHO COMPARADO EN
ESPAÑA**

**JHON ALEXANDER CABRERA ACOSTA
JOSÉ LUIS SATIZABAL GARCÍA
STEPHANIA VARGAS MADROÑERO**

**Monografía de grado como uno de los
requisitos parciales para optar al título
de Abogado**

**Presidente y Tutor
Dra. Virginia Andrea Gutiérrez Valencia
Abogada**



**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CALI
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2016**

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE
SECCIONAL CALI**

Dra. ESPERANZA PINILLOS SAAVEDRA
Delegada Personal del Presidente Nacional

Dr. LIBARDO OREJUELA DÍAZ
Rector Seccional

Dr. OMAR BEDOYA LOAIZA
Secretario Seccional

Dr. JOSÉ HOOVER SALAZAR RÍOS
Decano Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Dra. OFELIA CECILIA DORADO ZÚÑIGA
Secretaria Académica Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Dra. PATRICIA GALARZA GONZÁLEZ
Directora CIFADER

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. ESTUDIO CRÍTICO-REFLEXIVO DE LA CUSTODIA Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	11
1.1 LA FAMILIA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	13
1.2 DERECHOS DE LOS NIÑOS	18
1.3 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	23
1.4 LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	28
1.5 EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA	30
1.6 REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA	32
1.7 LA CUSTODIA Y EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO	34
1.8 SUJETOS DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL	40
1.8.1 Niños, niñas y adolescentes	40
1.8.2 Los padres	40
1.9 OBLIGACIONES INHERENTES AL EJERCICIO DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS	41
1.9.1 Obligación de Crianza	42
1.9.2 Obligación de Cuidado	43
1.9.3 Obligación de Educación	44
1.9.4 Obligación de Corregir	47
1.10 REGULACIÓN DE LA CUSTODIA EN ESPAÑA	49
1.10.1 La patria potestad	49

1.10.2	La guarda y custodia	51
1.10.3	La atribución de la guarda y custodia de los hijos tras ruptura convivencial de los progenitores	55
1.10.4	Atribución de la custodia compartida a ambos progenitores	58
1.10.4.1	La custodia compartida	58
1.10.4.2	Custodia compartida en sentido estricto	60
1.10.4.3	Custodia compartida en sentido amplio	62
1.10.4.4	Custodia compartida en sentido amplísimo	64
1.11	IMPACTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	64
2.	INSTITUCIONES JURÍDICAS PARA LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA Y ESPAÑA	70
2.1	COLOMBIA	70
2.1.1	Reglas declarativas para definir jurídicamente la custodia	70
2.1.2	Características del derecho de custodia	73
2.1.3	Actuaciones y procesos en que se decide la custodia	74
2.1.4	Custodia compartida	80
2.2	ESPAÑA	82
2.2.1	Reglas para definir jurídicamente la guarda y custodia	83
2.2.2	Características del derecho de custodia	86
2.2.3	Actuaciones y procesos en que se decide la custodia	90
2.2.4	Custodia compartida	95
3.	COMPARATIVO SOBRE LA CUSTODIA ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA	97
4.	CONCLUSIONES	103

BIBLIOGRAFÍA

108

LISTA DE CUADROS

	Pág.
Cuadro 1. Comparativo entre Colombia y España – Custodia del menor	97

INTRODUCCIÓN

Hoy en día la familia muchas veces está representada en un padre que vive en una ciudad con su nueva esposa y la madre con su nuevo compañero en otra parte, y algunos tienen la necesidad de recurrir a los abuelos para que cuiden a los hijos. Estamos hablando de familias completamente diferentes, de patrones completamente distintos, los cuales reconoció la Constitución Política de 1991. De ahí, que el Código de la Infancia y la Adolescencia, reconociera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, con derecho a crecer en una familia, y a que sus padres, en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.

Sin embargo, como ya se señaló, esa concepción de la familia monogámica, constituida por el padre, la madre y los hijos enfrenta una realidad innegable, tal cual es el divorcio, la separación o porque no, la existencia de los hijos nacidos de una relación extramatrimonial, donde el niño, niña o adolescente se ve enfrentado a convivir en mundos diferentes, y a cambiar de roles o normas según el hogar, y que siendo un sujeto de especial protección, creemos puede afectar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Entonces, la familia y el derecho de familia colombiano, se enfrentan a una situación que tanto nacional como internacionalmente ha llamado la atención de la jurisprudencia y doctrina, como es el caso de la española, que desde el año 2005 aporta como novedad un cambio del sistema tradicional de distribución del ejercicio de las funciones parentales en las situaciones de ruptura a través del reconocimiento legal de la llamada “guarda y custodia compartida”; por ende, se justifica tener un acercamiento a esas conceptualizaciones que enriquecerán nuestro ordenamiento jurídico, y que permitirán entender la familia cuando se enfrenta a un nuevo contexto que afecta al menor: la custodia compartida.

Esta monografía se compone de tres capítulos. En el primer capítulo se presenta un estudio crítico-reflexivo de la custodia y su impacto en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el entendido de que en Colombia, actualmente, no existe una norma que regule expresamente la custodia compartida, se realiza en este apartado una reseña de la familia y la Constitución Política de 1991, los derechos de los niños, una aproximación al principio del interés superior del niño, la descripción de la protección constitucional de los menores, el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella. Igualmente, se hace una descripción de la patria potestad, de las obligaciones de los padres. Este capítulo también incluye con una reseña de la custodia en España, partiendo de la patria potestad y el interés superior del menor, la guarda y custodia, la atribución de la guarda y custodia en España tras la ruptura convivencial, la custodia compartida y sus diferentes modalidades a partir de la doctrina española. Finaliza este apartado con una breve descripción de los efectos negativos y positivos de la custodia compartida para los niños, niñas y adolescentes.

El segundo capítulo es un análisis de las instituciones jurídicas pertinentes a la custodia compartida a partir del derecho comparado, en el que se incluyen: reglas declarativas para definirla jurídicamente, características, actuaciones y procesos y un concepto de custodia compartida tanto en la legislación colombiana como la española.

El tercer y último capítulo de esta monografía incluye un cuadro comparativo de las actuaciones y trámites que deben cumplir los padres de familia que solicitan la custodia en Colombia y España, que permite recopilar varios conceptos que se aplican en este trámite y que sirve para enriquecer el estado del arte de la temática abordada.

1. ESTUDIO CRÍTICO-REFLEXIVO DE LA CUSTODIA Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Los autores del derecho de familia han reconocido que una de las instituciones del derecho civil que más evolución ha tenido es la familia, pasando de la esfera mucho más tradicional del derecho privado a la del derecho público.

Suárez Franco (1990), citando a Heinrich Lehmann, expresa que “no cabe duda que el derecho de familia se conserva como parte del derecho privado a pesar de ser eminentemente social, aspecto que explica el carácter del orden público de sus normas” (p. 5). En razón de ello, las normas de derecho familiar suelen ser consideradas como imperativas, de observancia ineludible para aquellos a quienes afecta.

“El Estado, entidad rectora custodia el bien común; tiene como función primordial crear las instituciones que favorecen el desarrollo del hombre. La familia, institución primigenia, merece una especial protección, porque constituye el adecuado desarrollo y complemento del individuo” (Álvarez, 2011, p. 29). No obstante a ello y al carácter moral consuetudinario de las relaciones familiares, el Estado colombiano al igual que el de muchos otros países, como España por ejemplo, han observado cierto retraimiento, dejando la reglamentación de estas relaciones a la autonomía privada y reconociendo la auto-administración de la familia.

La intervención estatal tiene lugar mediante leyes que deben estar dirigidas a dar a la familia una estructura interna, acorde con las concepciones, las aspiraciones y las posibilidades actuales, creando las condiciones más favorables para la subsistencia y desarrollo de la familia, para facilitar el cumplimiento de su misión.

En el derecho comparado a pesar de la importancia y necesidad de una regulación coherente de las relaciones de familia que respondan a las cambiantes realidades sociales, se observa que no ha habido una legislación uniforme del derecho de familia porque las disposiciones han sido expedidas en diversas épocas y han estado influidas por diversas circunstancias. Por ello no es extraña la expedición de normas legales con las que se pretenden solucionar problemas de tipo familiar, como por ejemplo, la ley No. 20.680 de 2013 de custodia compartida en Chile, más conocida como “ley amor de papá” (La Cuarta, 2014, p. 1); España, con la Ley 15/2005 de 8 de julio, “permite expresamente que los cónyuges acuerden la custodia compartida en caso de crisis matrimonial” (Alascio, 2007, p. 2). Otro aspecto que se ha podido constatar lo constituye el hecho de que hace ya unos decenios, las asociaciones de padres separados en muchos países de Occidente, han reivindicado la custodia compartida como un derecho, que tiene cada hombre y cada mujer que es padre de continuar siéndolo enteramente y no de forma parcial como ocurre con frecuencia cuando se concede la custodia exclusiva de los hijos a uno de los padres después de la separación o divorcio. “Colombia no podía ser la excepción a este fenómeno, hoy existe en el país un movimiento de padres separados que reclaman ser también parte activa y significativa en la vida de sus hijos” (Morales y Castillo, 2011, p. 58).

En Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, se produce una transformación de un Estado liberal clásico a un Estado social de derecho, lo que denota una importancia son precedentes en el constitucionalismo colombiano fundado en nuevos valores que establecen fines o anhelos que se quieren alcanzar, a partir de los cuales se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico y en el cual se consagran un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento del Estado.

1.1 LA FAMILIA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Asistimos a partir de 1991 a la constitucionalización de las relaciones de familia, fenómeno que no ha sido exclusivo del derecho colombiano, ya que hace parte de un movimiento contemporáneo de la mayor parte de las Constituciones del mundo adoptadas en las décadas correspondientes a la segunda mitad del siglo XX. “Un ejemplo de ello es la Constitución española de 1978, que marca un hito al regular aspectos primordiales de la organización familiar” (Velloso, 2014, p.1).

Tal fenómeno, el de la constitucionalización del derecho de familia ha sido considerado por autores como el profesor argentino Germán Bidart Campos (1996) como signos de nuestro tiempo jurídico “que han llevado al derecho constitucional a expandir los derechos humanos a las relaciones de familia, y que él caracteriza como una “absorción del derecho de familia por el derecho constitucional” (p. 109).

En este modelo constitucional de familia, erigida al rango de institución básica de la sociedad, la Constitución de 1991, en su Título 1, artículo 5º, la consagra como uno de los pilares fundamentales del orden constitucional, y, en radical contraste con la anterior, desarrolla abundante normatividad sobre temas de familia, así:

“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Constitución Política, art. 5).

El artículo 15 protege la intimidad de la familia como un derecho fundamental al señalar:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetar los y hacerlos respetar. De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogidas sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. (Constitución Política, art. 15)

El artículo 28 ampara el ámbito doméstico contra intervenciones arbitrarias del Estado:

Toda persona es libre, nadie puede ser molestado en su persona o familia ni reducido a prisión o arresto ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. (Constitución Política, art. 28)

El artículo 33 protege la integridad familiar al garantizar el derecho a no declarar en materia penal contra los integrantes del grupo familiar.

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (Constitución Política, art.33)

El artículo 42 de la Constitución Política es norma central sobre el nuevo régimen de la familia, a la que categóricamente se considera célula fundamental de la sociedad. Dicha regulación evidencia el grado sumo de protección que el Constituyente de 1991 quiso brindarle a la familia y a sus integrantes. En sus trece (13) incisos señala el artículo 42:

Artículo 42. Desarrollado parcialmente por la Ley 25 de 1992. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e

inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (Constitución Política, art. 42)

El artículo 44 consagra los derechos fundamentales de los niños entre los que se incluyó de manera expresa el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, el derecho al amor y al cuidado, y en general el derecho a un trato que corresponda a su dignidad.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser

separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.
(Constitución Política, art. 44)

Conforme al artículo 67 se responsabiliza en primer lugar a la familia de la educación de los niños.

Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.
(...)

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. (Constitución Política, art. 67)

En el artículo 68 se reitera la autonomía familiar en la elección del tipo de educación que recibirán los hijos y en la formación religiosa que han de tener.

Artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

(...)

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna

persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. (Constitución Política, art. 68)

El contenido de las normas concebidas por el constituyente primario a favor de la familia, que hemos mencionado en precedencia, nos conduce a referirnos a un concepto olvidado que existe en el derecho de familia al lado del patrimonial: el de potestad, que constituye el lado activo de toda relación familiar y cuasifamiliar de subordinación.

La potestad, representa el poder directo sobre la persona, igual que el derecho real representa el poder sobre las cosas.

La potestad, que se ejerce sobre el niño, niña o adolescente versa sobre una conducta habitual que se trata de conseguir en el sujeto pasivo, a través de la crianza, formación y educación, las que se ejercen en virtud de la custodia y cuidado personal. “En el ejercicio de tal potestad se busca el interés del subordinado y tal función debe ejercerse adecuadamente, so pena que proceda su suspensión o terminación” (Monroy, 2007, p. 29).

En el aspecto activo, la potestad, así caracterizada, se identifica con el concepto de función. La institución de la patria potestad o la tutela se establece hoy como un *officium*, con la finalidad de cuidar y atender al interés familiar y, por tanto, con un aspecto primordial de deber. El padre o tutor son, entonces, órganos de un poder protector de la familia o, singularmente, de los débiles, desempeñando una incumbencia en cierto modo pública. (Lacruz, 1997, p. 18)

Esa función que tiene la maternidad y la paternidad de asistencia de todo orden, supone la imposición de una rigurosa responsabilidad de los padres por el hecho cierto de la procreación.

Así, el deber de los progenitores “no se limita a proveer al hijo de mantenimiento y educación e instrucción, sino que también les es exigible una

contribución de afecto en el proceso de formación de la personalidad del menor” (Fleitas y Roveda, 2004, p. 39).

En principio esta asistencia de todo orden exige la posible convivencia, para ejercer la custodia y brindarle los cuidados y el afecto que niño, niñas y adolescente necesita. Así, podemos concluir que si los padres tienen frente al Estado un derecho fundamental y constitucional de criar al hijo, controlar su educación y transformarlo en una persona responsable, este derecho debe ejercitarse considerando la propia dignidad humana del hijo “y sus derechos al desarrollo de la personalidad” (Salanova, 1995, p. 239).

El derecho-función, que tienen los padres de crianza del hijo escapa al control de Estado, salvo cuando se presente un abuso evidente, así se garantiza la autonomía familiar y se limita la intervención estatal sólo a los eventos más urgentes que se presenten en el desarrollo de las relaciones paterno-filiales.

El interés superior del menor como principio rector en las decisiones de familia se convierte en directriz al momento de encomendar la custodia y la patria potestad de un menor en el caso de separación de sus padres, porque tal interés debe inspirar igualmente el ejercicio de la patria potestad.

1.2 DERECHOS DE LOS NIÑOS

La configuración jurídica tradicional del niño como un ser humano titular de personalidad jurídica, patrimonial, pero carente de capacidad de obrar y en consecuencia, no titular de derechos públicos subjetivos, ajeno al disfrute de la libertad, ajeno a la igualdad formal porque está naturalmente discriminado por razón de la edad, y ajeno a la igualdad material porque su estatus está privatizado en la familia, se mantuvo estable durante décadas hasta que se producen a nivel

mundial movimientos encaminados al reconocimiento de los derechos de los niños.

Las primeras declaraciones de los Derechos del Hombre estaban orientadas a la protección política del individuo frente al Estado autoritario. “Tal acontece, por ejemplo, en el Bill of Rights (1689) y en la Declaración de Massachussets a finales de 1780” (Rouvillois, 2010, p. 2).

En el campo de los derechos humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la que se inicia la doctrina de la prevalencia del sujeto, cuando reconoce solemnemente que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia deberán comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Organización de las Naciones Unidas, 1948, artículo 1°).

Reconoce la Declaración Universal en cita que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición” (Organización de las Naciones Unidas, 1948, artículo 2°).

También se hacen en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre importantes referencias a la familia, consagrando el derecho de hombres y mujeres a fundar una familia, la igualdad de derechos matrimoniales, la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y el derecho que tiene a la protección del Estado, los derechos a cuidados y asistencias especiales de la maternidad y la infancia, así como el hecho que tienen todos los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio a la misma protección social. A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se produce en muchos países una renovación constitucional y “se firman diversos pactos y convenios, como el

Convenio para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 04 de noviembre de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles expedido el 16 de noviembre de 1966 en New York” (Ortiz, 2014, p. 3).

A pesar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948, se hacía extensiva a los derechos de los niños, “no lograba satisfacer sus necesidades particulares, razón por la cual se expidió otro instrumento internacional la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que enunció diez derechos, pero sin carácter obligatorio para aquellos países que la firmaran” (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2014, p. 1).

Como tampoco el citado instrumento internacional satisfacía las exigencias y requerimientos de la niñez, en 1979 se creó en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) un equipo de trabajo que durante diez años se encargó del riguroso estudio y de las negociaciones del texto, que en 1989 fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas como la Convención de los Derechos del Niño, y que después de ser ratificada por 20 países empezó a aplicarse en 1990, con carácter imperativo para las Partes” (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 1990).

La Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, “ratificada por el Estado colombiano mediante la ley 12 de enero 22 de 1991, acoge la doctrina de la protección integral desde una perspectiva de derechos que categoriza como derechos humanos fundamentales” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2014, p. 1).

Puede afirmarse que, con la adopción de la Convención, se puso de relieve que los niños y adolescentes también tienen derechos, y que aquellos derechos

humanos que se protegen a los mayores deben ser atendidos desde la particularidad de las necesidades de la infancia y de la adolescencia. Así, que ese reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho convierte a la Convención sobre los Derechos del Niño en un mecanismo jurídico-social esencial para la protección de los derechos humanos de los niños.

La Convención se refiere de manera especial a la familia, a los derechos humanos del niño, y señala que el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal desde antes del nacimiento, todo lo cual genera un impacto directo sobre el Derecho de Familia que se puede apreciar en diversas codificaciones que sobre el menor se expidieron en su momento. En el caso de Colombia en 1989 con el decreto 2737 (Código del Menor, derogado por la Ley 1098 de 2006).

La Convención consagra el interés superior del niño como principio fundante del respeto y protección especial que merecen, precisa las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres y los demás miembros de la familia, el derecho de los niños a la vida, “a la supervivencia y al desarrollo, la obligación de inscribirlo inmediatamente después de su nacimiento, el derecho a un nombre y a una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (Ynchausti y García, 2014, p. 3).

Prevé la norma que el niño no será separado de sus padres contra su voluntad, salvo que por acción judicial las autoridades competentes determinen que la separación es necesaria para preservar el interés superior del niño, en eventos en que sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia del niño. “Otro avance importante es permitir a todas las partes interesadas en las decisiones sobre el menor la oportunidad de participar en el procedimiento que se adelante, dar a conocer sus opiniones, y el derecho de los

menores a mantener contacto con sus padres” (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2014, art. 9).

Así, que desde 1989, con la aprobación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que encuentra sus antecedentes en la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en 1959 y en la declaración de Ginebra aprobada en 1924, se ha venido a romper la configuración jurídica tradicional que veía al niño como un ser carente de derechos públicos subjetivos, a través de reformas de la legislación de menores, porque por otro lado, frente a las dos anteriores, la Convención de 1989 aporta dos grandes novedades: en primer lugar ya no es un texto meramente declarativo de principios genéricos, sino un instrumento jurídico vinculante, “y en segundo lugar la concepción exclusivamente tuitiva, es sustituida por una nueva y distinta concepción que afirma que el niño es sujeto de derechos tanto en el ámbito de la libertad, como en el ámbito de la igualdad y la seguridad” (Ravetllat, 2014, p. 4).

El niño es para la Convención un sujeto en desarrollo, un sujeto no solo de derechos pasivos destinado a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos que le permiten la libertad de conciencia, de pensamiento, de religión, de expresión e información, de asociación y reunión, y el derecho de participación. “Podemos decir que la convención termina con aquella concepción del niño como propietario no ciudadano, para confirmar una concepción del niño como ciudadano en desarrollo” (Placido, 2014, p. 6).

Los planteamientos precedentes permiten concluir que, tal y como lo ha señalado el tratadista argentino Bidart Campos, la nueva categoría jurídica nuclear, constituida por los derechos humanos, ha sido extendida a las esferas de las relaciones intersubjetivas particulares, a las relaciones de poder social de naturaleza no pública, “como por ejemplo el poder del padre de familia, el valor de la dignidad humana que tiene plena vigencia en la esfera de la pareja, y de las

relaciones con los hijos y los padres, cobijando en consecuencia el ámbito civil de la familia” (Bidart, 1996, p. 113).

La Convención al haber sido ratificada por Colombia, es ahora parte de nuestro ordenamiento jurídico como norma directamente vinculante, forma parte de los principios constitucionales, y por ello debe servir de guía de interpretación y aplicación de la legislación nacional sobre el menor. Es por ello que el Código de la Infancia y la Adolescencia, prescribe:

Artículo 6o. Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas. (Ley 1098 de 2006, art. 6)

1.3 EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio fue consagrado expresamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio segundo, es del siguiente tenor:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño. (Organización de las Naciones Unidas, 1959)

También fue consagrado en el art. 3º de la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Su espíritu y filosofía tutelar aparece claro en la mayoría de las normas, como en el artículo tercero que dispone:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño. (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2014)

El citado principio fue incorporado al Código de la Infancia y la Adolescencia en el artículo 8º, en virtud del cual expresamente se determina que “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (ley 1098 de 2006, art. 8).

Sobre su contenido y alcance la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-408 del 14 de septiembre de 1995, siendo Magistrado Ponente el doctor Alejandro Martínez Caballero, resaltó la importancia de tal concepto (Corte Constitucional, sentencia T-408 de 1995), que implica el reconocimiento al menor de una categorización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. La jurisprudencia constitucional (sentencias T-412 de 2000, T-408 de 1995, T-1155 de 2001, T-900 de 2006, T-090 de 2010 y T-145 de 2010) “precisó que tal consagración lo elevó a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia, y señaló que conforme a la doctrina más especializada tal principio se caracteriza por ser” (Pradilla, 2011, p. 331):

- Real, en razón a que se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas.

- Independiente del criterio arbitrario de los demás y, en consecuencia, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres.
- Un concepto racional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto, cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor, y
- La garantía de un interés jurídico supremo, consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.

En aplicación de este principio la Corte Constitucional en múltiples fallos ha construido una jurisprudencia en virtud de la cual en los casos en los que está de por medio la preservación de los derechos de los niños, el criterio primordialmente orientador es el de la prevalencia del interés superior del menor, que debe incorporarse como eje central del análisis constitucional.

Sólo se puede establecer si es viable la aplicación del principio del interés superior del menor una vez consideradas las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que como sujeto de especial protección, dada sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que exige su situación personal.

Sin embargo, ello no se opone para que en la resolución de casos particulares se apliquen ciertos lineamientos generales construidos por la jurisprudencia nacional e internacional, que sirven para guiar el estudio del interés superior del menor, en atención a las circunstancias de cada caso.

Cuando se trate de establecer cuales son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, que debe resolver la autoridad de familia, deben tenerse en cuenta tanto las consideraciones

fácticas, referidas a las circunstancias específicas del caso visto en su integralidad, como las jurídicas, fijadas por los parámetros y criterios del ordenamiento jurídico para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor.

Por ejemplo, en la sentencia T-510 de 2003, la Corte Constitucional señaló que a la hora de determinar el interés superior del menor 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, atendiendo a las circunstancias de cada situación en particular que resulten relevantes para adoptar una decisión, deben considerarse los siguientes parámetros de análisis:

3.1.1. Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, 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. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (*Código del Menor*, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

3.1.2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, 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 estos.

3.1.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como 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. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”, y el artículo 8 del Código del Menor precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de “toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”. En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

3.1.4. Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí 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 efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo [...]”.

3.1.5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse

adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección [...].

3.1.6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. 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; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta. (Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003)

1.4 LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Siendo que la Constitución Política de Colombia se nos revela como un compromiso supremo con la dignidad de la persona, “propone dos estrategias de justicia, la primera, el respeto a la persona sin tomar en cuenta sus diferencias. La segunda, el respeto a la persona tomando en consideración sus particularidades históricas, para mantener la diferencia, para suprimirla o para descontar desventajas e inequidades según corresponda” (Unilibre Barranquilla, 2014, p. 4). Por eso, los derechos fundamentales que en ella se consagran expresan exigencias impostergables de respeto a la condición humana. Así, mientras con la consagración de los derechos fundamentales se reconoce la intangibilidad de un determinado comportamiento del sujeto, con el señalamiento constitucional de los sujetos merecedores de protección, el requerimiento de respeto a la dignidad humana alcanza su punto más alto, un plus constitucional y el sujeto se erige en objeto de especial protección.

Son sujetos merecedores de especial protección por mandato de la Constitución, el niño, niñas y adolescente, la mujer, el anciano, el discapacitado, el

homosexual, el indígena, el indigente, entre otros. Ellos son la materia esencial de la Constitución, pues su reivindicación, en términos de respeto y trato adecuado, permite cumplir ese parámetro de dignidad que es su principal mandato.

Cuando la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional han reconocido la existencia de estos grupos sociales que requieren una protección especial, lo han hecho con la finalidad que se haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales. “Tales consideraciones se hacen en razón de la edad, la situación biológica, económica o social que los coloca en situación de debilidad manifiesta, discriminación o marginación, y que en consecuencia obligan a que se les prodigue atención especial por las autoridades” (Unilibre Brranquilla, 2014, p. 5).

Tales sujetos de especial protección constitucional también lo son en tratados internacionales de derechos humanos, lo que constituye un factor adicional de interpretación en algunos casos, y en otros, un fundamento mayor para la protección concreta.

En Colombia encontramos que la Constitución de 1991 ha establecido un régimen de favorabilidad en relación con determinados grupos humanos que se encuentran en situación de evidente inferioridad. La Corte Constitucional ha señalado:

La protección constitucional especial y prevalente de los derechos del menor también encuentra reconocimiento en los convenios internacionales de derechos humanos, a través del principio del “interés superior del menor”, contemplado en i) la Declaración de Ginebra de 1924, ii) la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 25.2), iii) la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2), iv) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 24), v) la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 19) y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Este último instrumento refiere en el artículo 3.1.:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Corte Constitucional, sentencia C-540 de 2012)

Así, respecto de los niños, niñas y adolescentes, se ha establecido en forma detallada y particular los derechos relativos a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social; a su bienestar general y a los atributos de su personalidad; a pertenecer a determinada familia y a no ser separado de ella.

La protección especial que se garantiza en su favor se extiende a proteger cualquier clase de atentado a su integridad física o moral, y toda manifestación de abandono o quebrantamiento de las obligaciones consagradas en su favor. Así lo consagra el artículo 44 de la Constitución Política.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes, señala la Constitución Política de Colombia en su artículo 44 la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, y el reconocimiento expreso en favor de los menores de derechos fundamentales distintos y adicionales a los reconocidos para las personas en general, consagraciones que obligan a que cuando los derechos de los niños se vean involucrados en un caso específico, no solamente debe darse prevalencia a los derechos de los niños sino que se debe actuar con el mayor cuidado posible, en razón a su particular estado de inmadurez e indefensión.

1.5 EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA

La importancia de este derecho, que se relaciona directamente con el derecho del niño a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica, radica en que su satisfacción se constituye en una garantía esencial

para asegurar la realización de otros derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política.

Este derecho fundamental ha sido expresamente consagrado por el artículo 44 de la Constitución Política, reconocida por el derecho internacional público y previsto en el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella” (Ley 1098 de 2006, art. 22).

La familia como institución básica y célula fundamental de la sociedad, es la primera obligada a proveer la atención y cuidados necesarios para garantizar el desarrollo integral de los niños, y solo cuando la familia no esté en posición de cumplir con las funciones que le son propias, puede intervenir el Estado con criterio de subsidiariedad.

Como la familia debe cumplir con los deberes que le son propios en función de los niños que la integran, con el fin de permitir que estos crezcan y se desarrollen adecuadamente y en condiciones de dignidad, en el desarrollo de tal función preservará a los menores de todas las amenazas que se puedan cernir sobre ellos y que atenten contra su desarrollo armónico, y así mismo deberá contribuir en términos materiales, psicológicos y afectivos, en el desenvolvimiento armónico de tal proceso. No obstante, como se señaló anteriormente, ello no significa que se justifique separar a un niño de su familia por el solo hecho que sus condiciones económicas no sean óptimas.

En consecuencia, únicamente procede adoptar una medida tendiente a separar a un menor de su familia biológica, cuando las circunstancias del caso indiquen claramente que esta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor. Por ello, ni la pobreza relativa ni

otras condiciones meramente económicas, pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-502 de 2011, al hacer una revisión de las sentencias que fijan reglas sobre el derecho de los niños a no ser separados de su familia y sobre la presunción a favor de la familia biológica. A continuación se traerá a colación algunos de sus argumentos:

En sentencia T-587 de 1998, la Corte sostuvo que un niño o una niña sin familia se ven privados de crecer en un ambiente de afecto, solidaridad, y alimentación equilibrada. Así que, los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos (...).

Igualmente, la Corte, en sentencia T-510 de 2003, determinó ciertas circunstancias que no son suficientes, en sí mismas, para separar a un niño de su familia. Veamos:...así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, (...) Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. (Corte Constitucional, sentencia T-768 de 2013)

Es claro entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños, es la familia; no obstante, el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia ha establecido la corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para la protección de los menores de 18 años afectados.

1.6 REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA

El tratadista Medina Pabón señala “que Don Andrés Bello estimó necesario dividir la institución de la patria potestad en dos campos bien diferenciados y abordar aparte las relaciones personales entre padres e hijos y en otra el régimen

jurídico-económico” (Medina, 2011, p. 33). En el Título XII del Código Civil se incorporan los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, y para los derechos económicos y de representación legal le reservó un aparte con el nombre específico de patria potestad (Título XIV). Añade, Medina Pabón que como la patria potestad es un término común para el género y para la especie, “algunos prefieren en nuestro país utilizar el término patria parental para todas las relaciones paterno filiales, lo que evita confusiones” (Medina, 2011, p. 36).

El artículo 288 del Código Civil, subrogado por la Ley 75 de 1968, artículo 19, y modificado en su inciso segundo por el Decreto 2820 de 1974, artículo 24, textualmente define el concepto así:

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia. (Código Civil, art. 288)

En esta concepción tradicional del derecho civil colombiano, el ejercicio de la patria potestad concede a los padres tres atributos o derechos: “a) el derecho de usufructo, b) el derecho de administración y c) el derecho de representación” (Monroy, 2009, p. 54).

Autores como Arturo Valencia Zea, al referirse al tema de la potestad parental sobre la persona de los hijos, señala que nuestro Código Civil en armonía con el derecho contemporáneo agrupa los derechos y obligaciones entre padres e hijos en dos categorías, “la primera de orden personal que es independiente de la potestad sobre los bienes y la segunda de orden patrimonial cuyo conjunto

integran la institución que según el viejo lenguaje del código se define como patria potestad” (Valencia, 1995, p. 39).

En punto a esos efectos de orden personal señala dos grupos de relaciones: en primer lugar la obligación que tienen los padres de la guarda y cuidado personal de sus hijos, “el derecho de corregirlos y de orientar su profesión u oficio; y en segundo lugar la obligación que tienen los hijos de respetar y socorrer a sus padres” (Valencia, 1995, p. 379).

La patria potestad, lo mismo que las relaciones paterno filiales, se ejercen hoy en día de manera conjunta por los padres, sin importar si los padres conviven o están separados e incluso si no viven directamente con los hijos, con la excepción de aquellos que por proceso contencioso fueron declarados padres.

Finalmente anotaremos que la falta a que se refiere el art. 288 del Código Civil cuando señala que “a falta de uno de los padres el otro ejercerá la patria potestad”, se tipifica cuando se presentan cualquiera de los eventos contemplados en el Código Civil, artículos 310, 314 y 315, referidos a: la demencia, la muerte real o presunta, el abandono del hijo, o por maltrato del hijo.

1.7 LA CUSTODIA Y EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO

Al abordar el estudio de la familia y de los derechos del niño, como antecedentes necesarios para el desarrollo y conceptualización de la temática sobre patria potestad y su derivado personal, que corresponde al tema central de este capítulo: la custodia y cuidado personal en Colombia, se dejaron sentados claros criterios de la normativa que rige tanto a la familia como a los derechos de sus integrantes, y la que con carácter prevalente se aplica a los niños, niñas y adolescentes, referida tanto a los instrumentos de derecho internacional que con la Constitución de 1991 integran el bloque de constitucionalidad de la materia,

como a la legislación interna que permite efectivizar los derechos fundamentales de los menores en los asuntos que los afecten.

En este punto no podemos dejar de señalar el profundo cambio que se ha producido en la sociedad colombiana respecto de la estructuración familiar, que es hoy por hoy disfuncional y con vínculos diversos. Asistimos a la configuración de familias integradas por hijos de padres divorciados o separados, que conviven con familias reconstituidas, hijos de padres y madres solteros y familias integradas por diversos parientes que desempeñan roles fundamentales en el núcleo del hogar. Tal estructura plantea el interrogante de ¿si en Colombia se permite la custodia compartida?

Es entonces el niño, niña o adolescente, valga decir, el menor de edad, el centro de la disputa, y el sujeto de derechos, que debe ser objeto de protección, con la decisión que se adopte en el caso en particular. Decisión que se debe tomar teniendo como criterio orientador el interés superior del menor, y con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales, principalmente el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella y el derecho al amor y cuidado, todo en procura de garantizar el libre desarrollo de su personalidad y su bienestar general y desarrollo integral.

Lo ideal sería que los adultos involucrados en la disputa, así como las autoridades que deban adoptar las decisiones tomaran en cuenta las necesidades y deseos del niño, y en consecuencia orientaran sus acciones a la protección del menor y al respeto de sus derechos fundamentales, tomando en consideración que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, incluidos los de sus padres, y que el niño por su condición de minoría de edad se encuentra en situación de indefensión.

Sin embargo eso no siempre ocurre, porque los padres y familiares adoptan posiciones irreconciliables y egoístas con grave perjuicio para el niño, niña o adolescente. Así,

... la custodia y cuidado personal de los hijos se convierte, cada vez mas, en asunto de disputa entre adultos, en algunos casos por el verdadero deseo de permanecer el mayor tiempo con ellos; en otros por ser los niños seres especialmente vulnerables, se intimida, atemoriza y amenaza con suprimir derechos en relación con los niños por voluntad propia sin respetar el derecho ajeno. Por esto, cada día es mas importante abordar este asunto e informar que tener la custodia de los hijos no significa la propiedad sobre ellos, y que no ostentar esa custodia no significa haberlos perdido. (Pinilla, 2005, p. 3)

Es por ello, que no es extraño que muchos padres asuman la custodia como un derecho de tenencia o posesión derivado de la patria potestad que corresponde a los adultos sobre el niño, y no como un derecho de éste a ser cuidado y protegido por sus padres y a seguir prodigándoles afecto a los dos progenitores.

Finalmente, no puede perderse de vista que la Convención Sobre los Derechos del Niño se basó en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, que se constituye en la premisa para interpretar la normativa de la niñez; los niños como sujetos de derecho, que permitió reconocer al niño tanto los derechos humanos básicos como los que son propios de su condición de infante; y el régimen de los derechos fundamentales y su vínculo con la autoridad parental, toda vez que la Convención “considera que dicha autoridad tiene como único fin procurar la protección y los cuidados del niño, indispensables para garantizar su desarrollo integral” (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2014, p. 4).

Es tan importante para el desarrollo cognoscitivo y emocional del niño que se encuentre rodeado de amor y comprensión y al amparo de sus padres o de sus familiares más cercanos, que el constituyente elevó esta relación a la categoría de derecho fundamental. “Por eso ofrecerle al niño un ambiente familiar es no solo

manifestación natural de afecto y generosidad, sino condición esencial para su desarrollo y protección” (Loredo, 2004, p. 49).

Tal derecho fundamental, el de ser cuidado en el seno de una familia, prima por encima de la voluntad de sus progenitores, sobre todo en situaciones de crisis. Por eso cuando se rompe la convivencia por hechos graves, los padres deben hacer una distinción entre sus problemas como pareja y la relación con los hijos, para procurar causar en sus niños el mínimo de angustia que la separación por sí misma produce.

La custodia y cuidado personal de los hijos, que en algunas legislaciones se denomina “guarda” implica esencialmente el derecho y obligación que tienen los padres de tener a su lado a sus hijos, o sea, de convivir con ellos. Este derecho y deber de convivencia del hijo con sus padres no excluye que el hijo menor pueda vivir por fuera de la residencia común cuando las circunstancias lo exijan, como acontece por razones de estudio u otros motivos.

Autores como Daniel Hugo D'Antonio, señalan que el derecho-deber referido a la tenencia del hijo, que aparece como primer elemento en la patria potestad, es tratado por la doctrina impropriamente como “guarda” a pesar que tal figura del derecho civil difiere y es perfectamente distinguible en su esencia y alcance de la tenencia del hijo. Tema sobre el cual el citado autor precisa lo siguiente:

En efecto, la guarda presupone una actividad que responde a su significación en el habla castellana, signada por comportamientos de custodia, defensa o conservación. La tenencia, en cambio refiérese a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien por lo cual en el artículo 155, inciso primero, del Código Civil Español se la define como el deber de los padres de tener a sus hijos “en su compañía” y doctrinariamente se la denomina deber de convivencia o unidad de domicilio.

En el caso del hijo esa proximidad física puede ir o no acompañada de los ingredientes propios de la guarda que a nuestro criterio

corresponden a la satisfacción de los deberes de cuidado y de vigilancia y abarcan igualmente lo vinculado con la asistencia material del menor.

La tenencia del hijo por los padres significa tanto la ya mencionada proximidad física efectiva como la posibilidad de que se la consiga y realice. (D'Antonio, 1986, p. 224)

Consecuentemente con tal concepción el derecho de guarda lleva implícito el deber de educación, que tienen un sentido más amplio y general que la simple instrucción por cuanto aquella procura el desenvolvimiento de todas las facultades físicas y psíquicas que permitan al hijo su desarrollo pleno como persona; el deber de corrección moderada de los hijos, cuyos límites se encuentran en su finalidad misma, y su extralimitación puede constituir conducta delictiva; el deber de asistencia comprende tanto aspectos morales como materiales. En los primeros se encuentra el deber de apoyo, solidaridad, afecto, orientación y en los segundos la obligación de alimentar a los hijos según la condición y capacidad económica de los padres.

En referencia a su significado se puede señalar que la custodia “alude al cuidado, guarda, vigilancia, protección, amparo, a la preservación del peligro” (Cabanellas, 1981, p. 29).

En el derecho civil colombiano la obligación de cuidar a los hijos comprende el deber de criar, educar y establecer a los hijos, obligaciones que corresponde solidariamente a ambos padres, o al padre o madre sobreviviente, y que en caso de imposibilidad física o moral de ambos padres o del sobreviviente, el juez, con conocimiento de causa, podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas competentes, y en la elección de estas personas preferirá a los consanguíneos mas próximos, sobre todo a los ascendientes. Así lo prescriben los artículos 253, 254, 257 y siguientes del Código Civil.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con respecto a la custodia ha dicho lo siguiente:

La custodia se refiere al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad. En caso de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos(as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña. Si uno de los padres no está de acuerdo, puede intentar la conciliación ante el Defensor de Familia ubicado en los centros zonales.

La custodia y cuidado personal del hijo se legaliza a través de la conciliación entre los padres ante Defensor de Familia, en los lugares en donde no exista Defensor de Familia, será competente el Comisario de Familia y a falta de este el Inspector de Policía del lugar en donde reside el niño, niña o adolescente. En caso de no existir conciliación entre los padres o no asistir el padre citado, el Defensor de Familia o funcionario que conozca del caso previo análisis de pruebas decide de manera provisional, el Juez de Familia, por sentencia judicial lo determinará previa demanda de custodia y cuidado personal del menor. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2014, p. 2)

En los casos de divorcio o de separación judicial de cuerpos el Juez puede, al admitir la demanda o antes, poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de un tercero, según lo crea más conveniente para su protección. En todo caso en la sentencia definitiva el Juez debe decidir cuál de los padres debe tener la custodia de los hijos.

Siendo, entonces, que la custodia implica la protección del hijo contra todo peligro que amenace su salud física y moral, y tiene como finalidad el cumplimiento de la obligación del cuidado personal de los hijos, se encuentra terminantemente prohibido a los padres expulsar del hogar a sus hijos menores.

1.8 SUJETOS DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL

1.8.1 Niños, niñas y adolescentes. La custodia y cuidado personal ha sido consagrada en favor de los menores. La ley ha establecido que son menores los que aún no han cumplido los 18 años de edad, lo cual cubre a todos los niños y a la gran mayoría de los adolescentes, en los términos de la Constitución Política. Así mismo a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, se reconoce la calidad de niño a toda persona menor de edad. Lo anterior, armonizado a los contenidos de los artículos 98, parágrafo, de la Constitución Política, sin embargo, para todos los efectos de la ley de la infancia y la adolescencia, son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad (Ley 1098 de 2006, art. 3º).

1.8.2 Los padres. De conformidad con las normas sobre la materia el cuidado de los hijos y su tenencia personal es un derecho que en principio corresponde a ambos padres, y que se vincula a las obligaciones que estos tienen de educarlos, protegerlos, vigilar su conducta y corregirlos, derecho privado de la patria potestad que corresponde por ley a los progenitores. Sólo en caso separación de los padres, que les impide vivir conjuntamente con sus hijos, resulta necesario determinar cuál de ellos ejercerá el derecho de custodia del hijo.

Al señalar a quién corresponde la obligación del cuidado del hijo, el artículo 253 del Código Civil categóricamente ordena: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (Código Civil, art. 253).

La obligación que tienen los padres de de cuidar a sus hijos es irrenunciable, sin embargo cuando no conviven pueden convenir su ejercicio. El

convenio debe respetar el sistema jurídico de protección integral del niño, niña o adolescente, del que hace parte la Constitución Política, el Código de la Infancia y la Adolescencia y el derecho internacional aprobado por Colombia, y que en consecuencia sustrae la cuestión del conocimiento de las autoridades. Solamente cuando no tiene ocurrencia esa convención la autoridad competente puede determinar a cuál de los padres asigna la custodia del hijo, previos los trámites que con observancia del debido proceso prescriben las normas civiles o la legislación de la infancia y adolescencia.

En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, en la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes. Para todas estas resoluciones el juez procederá breve y sumariamente oyendo a los parientes. De todas maneras al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacare al hijo no se le prohibirá visitarlo con la frecuencia y libertad que el juez juzgue conveniente. Todo de conformidad con los artículos 254, 255 y 256 del Código Civil.

Se presenta la inhabilidad física o moral de los padres que conlleva la pérdida de las facultades para vigilar, velar, orientar, y dirigir rectamente al niño y que permite confiar el cuidado de los hijos a personas distintas a estos, por deficiencias físicas o por conducta descuidada o deshonestas.

1.9 OBLIGACIONES INHERENTES AL EJERCICIO DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Conforme a la legislación vigente son la obligación de crianza, educación y establecimiento que corresponde a ambos padres, o al padre o madre sobreviviente, como lo dice en forma clara y precisa el artículo 253 del Código Civil colombiano.

Las obligaciones de los padres respecto de los hijos son múltiples y diversas, y van desde la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y corregirlo. También abarca la obligación de aceptación incondicional del hijo, de cuidarlo y brindarle todo el afecto posible, de brindarle educación, promoción, y buen ejemplo, así como asistencia y ayuda, con el fin de propiciar su bienestar integral.

Por otro lado, también se establece que para poder reclamar la tenencia del hijo, que permita a los padres el ejercicio de la custodia y cuidado personal y por consiguiente gozar de su compañía y ofrecerle protección, educación, cuidado y amor, corrección y buen ejemplo, debe demostrarse el cumplimiento de los deberes alimentarios de sostenimiento y manutención. Así lo prevé el Código de la Infancia y la Adolescencia en el art. 129, alimentos, “Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella” (ley 1098 de 2006, art. 129).

1.9.1 Obligación de Crianza. Crianza significa: “cría o manutención de los hijos por sus madres o nodrizas // educación, cortesía, urbanidad”, donde criar significa cuidar o alimentar a las crías, educar, instruir, establecer” (Cabanellas 1981, p. 33).

La crianza implica velar por el hijo, tenerlo en su compañía, y aunque no siempre sea así subsiste el deber de velar por los hijos, por ello, en principio, el domicilio de los hijos sometidos a patria potestad será el de sus padres, aunque tal deber y facultad no se agota con la unidad de domicilio, ni siempre se exige.

La crianza comprende en general la asistencia alimentaria, que comienza con los primeros cuidados que necesita toda persona, así el cumplimiento de la

obligación de alimentar a los hijos está a cargo de ambos padres, si uno de ellos falta le corresponde cumplirla al otro. Es pues el sostenimiento del hijo, que abarca los gastos derivados de la alimentación, vestido, vivienda, educación, recreación, y en fin, todo aquello que es indispensable para el sustento de un menor en los términos del artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia, porque a los padres les corresponde la obligación primordial de proporcionar, conforme a su capacidad económica, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral del niño. Dice la norma en cita:

Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto. (Ley 1098 de 2006, art. 24)

El concepto integral de alimentos previsto por el Código de la Infancia y la Adolescencia comprende no solo todo aquello que es necesario para vivir, sino también todo aquello que es necesario para garantizar la subsistencia de un ser humano en condiciones de dignidad, es decir, todo lo que es indispensable para el sustento, educación e instrucción.

1.9.2 Obligación de Cuidado. El cuidado de los niños tiene como finalidad la formación moral, física, psicológica, intelectual, individual y social del sujeto de derecho en desarrollo y maduración, por eso hasta cierta edad resulta difícil escindir la crianza del cuidado, y ello es así porque hasta antes de la pubertad la crianza exige el cuidado manifestado en atenciones, orientaciones, consejos, correcciones, ejemplos. Autores como Eduardo García Sarmiento sostienen que

“el cuidado va más allá de la crianza, porque terminada la edad de crianza continúa el cuidado mientras este sea necesario” (García, 1999, p. 499).

El cuidado y custodia de los hijos implica para los padres el derecho y la obligación de tenerlos a su lado, de convivir con ellos, derecho de convivencia que no excluye que el menor pueda vivir fuera de la residencia común cuando así lo exijan las circunstancias como ocurre cuando el hijo estudia en otro lugar.

En relación con los cuidados que debe recibir el menor en el seno de su familia, el Código la Infancia y la Adolescencia en sus artículos preceptúa que la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en el cuidado de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes (art. 10); “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos” (art. 14); “La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales” (Ley 1098 de 2006, art. 23).

1.9.3 Obligación de Educación. Educar es dirigir, encaminar, desarrollar, o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven. El Código Civil, tras reconocer la obligación de los padres de educar a sus hijos, dispone en su artículo 264 que los padres dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente.

Artículo 264. Dirección de la educación. Modificado por el art. 4º, Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente

para estos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento. (Código Civil, art. 264)

La educación que no solo es instrucción, como desarrollo de la inteligencia o adquisición de conocimientos básicos para la vida de relación, tiene un sentido más amplio que apunta al desenvolvimiento de todas las facultades psíquicas y físicas que permita el desarrollo pleno del hijo como persona.

Cuál es el alcance del deber de educar a los hijos, es algo que la ley no precisa específicamente, de modo que los intérpretes del Derecho han procurado encontrarlo en el artículo 413 del Código que regula los alimentos.

Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentado, menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio (Código Civil, art. 413).

Inicialmente recordemos que para nuestro sistema escolar se entiende por enseñanza primaria la que se proporciona durante los cinco primeros años lectivos, y esta educación era la que se consideraba imprescindible, tanto que desde la reforma de 1936 era gratuita y obligatoria (Acto legislativo 01 de 1936, art. 14). Hoy, sobre ese aspecto, la Constitución indica: “El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica” (Constitución Política, art. 6, inc. 3); de modo que hoy la mínima educación que los padres deben a sus hijos es además de la primaria, la secundaria básica (hasta el 9º grado, como se denomina en esta época lo que antes era 4º de bachillerato) (Naranjo, 2006, p. 69).

Toca también a los padres proporcionar los medios para que sus hijos tengan una profesión u oficio, es decir, darles lo necesario para que puedan acceder a esos conocimientos y prácticas necesarios para desempeñar una actividad

productiva y remunerada que les permita subsistir en el futuro, enseñanza que sí pueden impartir los padres, terceros que den el aprendizaje o una institución especializada, al no decir la ley lo contrario.

La educación formal y la preparación para afrontar el futuro de una manera adecuada no es exclusiva para los individuos sanos física e intelectualmente, sino que cobija también a los individuos que padecen deficiencias de cualquier índole, a quienes se les deben proporcionar los apoyos en el aprendizaje y terapias correlativas con sus propias capacidades, “de acuerdo con los parámetros establecidos por las autoridades competentes, que deberán validar y adoptar los desarrollos científicos aplicables en cada caso” (ley 1306 de 2009, art. 11).

La educación en cantidad suficiente para que el hijo tuviera un modo de vida le permitía al padre elegir el destino de sus hijos y especialmente de las mujeres, de modo que era él quien, valorando las aptitudes de su hijo o ciñéndose a su capacidad o interés, decidía qué haría cada uno, y se veía absolutamente normal que el padre ya supiera cuáles de sus hijos se dedicarían a las actividades manuales, las armas, las letras o la Iglesia, y respecto de sus hijas, cuáles llegarían al matrimonio y con quién, según el monto de la dote a pagar, dejando las otras para el convento, únicas actividades honestas que se reconocían a las mujeres por aquellas calendas; pero hoy no se atribuye a los padres esas facultades, y aunque puedan direccionar y guiar a sus hijos en la educación que consideran más apropiada, no podrán imponer su criterio cuando ello implique interferir el derecho al desarrollo de la personalidad y las inclinaciones propias del hijo, teniendo en cuenta su edad y madurez para la toma de sus propias decisiones. En estas materias, el Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce al menor de edad (...) “la libertad de escoger profesión u oficio” (Salazar, 2012, p. 28).

El Código de la Infancia y la Adolescencia consagra el derecho de los niños a recibir educación, así como el derecho al desarrollo integral en la primera infancia.

Rezan las normas:

Artículo 28. Derecho a la educación. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una educación de calidad. Esta será obligatoria por parte del Estado en un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones estatales de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución Política. Incurrirá en multa hasta de 20 salarios mínimos quienes se abstengan de recibir a un niño en los establecimientos públicos de educación.

Artículo 29. Derecho al desarrollo integral en la primera infancia. La primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano. Comprende la franja poblacional que va de los cero (0) a los seis (6) años de edad. Desde la primera infancia, los niños y las niñas son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en este Código. Son derechos impostergables de la primera infancia, la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros físicos y la educación inicial. En el primer mes de vida deberá garantizarse el registro civil de todos los niños y las niñas. (Ley 1098 de 2006, art. 29)

Aparece claro que si bien el artículo 28 en mención señala que todo menor de edad tiene derecho a recibir la educación necesaria para su formación integral, y que ésta será obligatoria hasta el noveno grado de educación básica, se faculta a los padres para “escoger el tipo de educación que debe dársele a sus hijos” sin violentar, como ya se señaló, la libertad de conciencia constitucionalmente consagrada, así como también se les impone la obligación de vincular a sus hijos a establecimientos educativos, públicos o privados con el objeto de que reciban la necesaria educación.

1.9.4 Obligación de Corregir. Corregir implica reprender, amonestar; castigar es sancionar, imponer una pena, esta facultad les permite a los padres vigilar la

conducta de sus hijos, corregirlos y sancionarlos moderadamente. Tal obligación se encuentra inmersa en el artículo 262 del Código Civil, que reza:

Artículo 262. Vigilancia, corrección y sanción. Modificado por el art. 21, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente. (Código Civil, art. 262)

El derecho de corrección está directamente vinculado con el deber de educación y sus límites se encuentran en la misma finalidad que lo justifica, razón por la cual los padres al ejercer el derecho de corregir a sus hijos deben hacerla moderadamente para no incurrir en conductas delictivas.

El respeto que se debe otorgar al derecho del niño al cuidado y al amor exige que se omita infligirle castigos físicos y morales, no solo en cumplimiento de los principios democráticos consagrados en la Constitución, sino también en respeto de los derechos fundamentales de los niños, que como ya se señaló, tienen un plus constitucional. Así lo estatuye el artículo 44 Constitucional y el 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia, norma esta última que reza:

Artículo 18. Derecho a la integridad personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona. (Ley 1098 de 2006, art. 18)

1.10 REGULACIÓN DE LA CUSTODIA EN ESPAÑA

1.10.1 La patria potestad

El Código Civil de España no la define; sin embargo, la patria potestad viene siendo considerada desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia española (Sentencias de 28.10.1891, 25.6.1923, 3.3.4950, 18.2:1969 y 9.3.1984, 23.7.1987, 30.4.1991, 18.10.196 y 5.3.1998) como la función (deber-facultad) que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre estos. La patria potestad de la prole actúa como derecho inherente a la paternidad y maternidad y tiene indudable carácter de función tutelar que se configura como institución a favor de los hijos, no en interés del titular (STS Sala 1ª 9.7.2002 y SAP Baleares 3ª 5.7.2004) (Pinto, 2009, p. 18).

Antes de continuar, se debe advertir que el territorio español se divide en diecisiete Comunidades Autónomas, dotadas de sus propios órganos de gobierno e instituciones representativas. Las Comunidades Autónomas tienen una capital y están divididas por provincias. Cada provincia tiene un gran número de ciudades; sin embargo, en España se hace más referencia a las provincias que a las ciudades que las componen” (Me Quiero Ir.com, 2014, p. 1). En las provincias se destacan, entre otros, las Audiencias Provinciales que son tribunales de justicia que abarcan una provincia y tienen “su sede en la capital respectiva. Son órganos colegiados con competencia en los órdenes jurisdiccionales civil y penal” (Poder Judicial España, 2014, p. 2); no obstante, a nivel nacional, el Tribunal Supremo es el tribunal de última instancia (final) en todos los casos y sus decisiones sólo pueden ser dejadas sin efecto cuando el Tribunal Constitucional encuentra lesión de los derechos y libertades constitucionales. Por eso, en el transcurso de este trabajo se citarán sentencias del Tribunal Superior (STS) y sentencias de las Audiencias Provinciales (SAP), según el caso.

Así mismo, se debe reseñar que España pertenece a la Unión Europea (UE) desde 1986, la que le obliga una cooperación jurídica internacional, por lo que con el deseo de contar la Unión Europea con un único instrumento en materia de divorcio y de responsabilidad parental, se aprobó el Reglamento 2201/03 el 27 de noviembre de 2003 (España, 2014, p. 1), al cual se refiere el tratadista español Pinto, al referirse a la patria potestad en los siguientes términos:

El término “patria potestad” no parece el más adecuado para una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI, puesto que parece asociada y evoca la idea de poder y pertenencia a favor del pater familias. En las Conclusiones sobre “Las reformas del Derecho de Familia” del II Encuentro institucional de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, celebrado en Madrid el 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, se estima que el término “patria potestad” debería ser sustituido legalmente por el de “responsabilidad parental”, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el Reglamento (CE) 2201/2003. Además se recomienda que tanto por los abogados como por los jueces y magistrados se haga constar este nuevo término “responsabilidad parental”, entre paréntesis, junto al término “patria potestad”, o el correspondiente nombre que se le dé a la institución por los Derechos forales, como, en su caso, “autoridad familiar” en Aragón, o “potestad” en Cataluña.

El Reglamento (CE) 2201/2003 define la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita; define al titular de la responsabilidad parental como cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un menor; e insiste en que los derechos de custodia incluyen, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. (Pinto, 2009, p. 35)

En España el 9 de julio de 2005 apareció publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (equivale al Código de Procedimiento Civil en

Colombia) en materia de Separación y Divorcio y que entró en vigor al día siguiente de su publicación. La 15/2005 introdujo expresamente la modalidad de la custodia compartida. “El juez podrá acordar la custodia compartida siempre que lo soliciten ambos progenitores, en el convenio regulador o en acuerdo alcanzado durante el transcurso del procedimiento (art. 92.5 CC)” (Alascio y Marín , 2007, p. 7).

En situación normal de convivencia de los progenitores, la guarda y custodia pertenece a ambos conjuntamente, pues a ellos corresponde también por regla general la patria potestad sobre los hijos menores, así lo estipula el art. 156 Código Civil de España:

Artículo 156. La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. (España, 1889, art. 156)

Por otra parte, “patria potestad y guarda y custodia no son la misma cosa, pues entre ellas existe la relación del todo a la parte, en situaciones normales de convivencia de los progenitores” (Ortiz, 2009, p. 2). Cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encuentra subsumida en la patria potestad que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, de forma dual y compartida.

1.10.2 La guarda y custodia. Al enumerar el art. 154 del Código Civil de España los deberes y facultades de ambos progenitores que comprende la patria potestad incluye “velar por ellos” y “tenerlos en su compañía”. El Código Civil “no configura como un derecho de los hijos el que los padres los tengan en su compañía” (Saldarriaga y Gómez, 2014, p. 6). Es esta noción de “compañía” o “cuidado” la que precisamente ha determinado el concepto más general de la guarda y

custodia: ésta comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran de la convivencia (“cuidado y compañía”) con el hijo.

Ocurre a veces que, en situaciones distintas a la de convivencia normal de los padres, la guarda y custodia se separa de la patria potestad. Es entonces cuando tiene sentido indagar sobre el contenido de la guarda y custodia, que ya aparece disociada de la patria potestad. En estas situaciones, la guarda y custodia pasa de estar incluida en la patria potestad a separarse de ella. Es decir, el hecho de buscar un concepto de guarda y custodia únicamente tiene sentido cuando no existe convivencia entre los progenitores. Estas situaciones a las que nos estamos refiriendo tienen distinta configuración:

1.- La primera es la que se produce en el caso en que existe convivencia entre los progenitores, pero se trata de una convivencia normal. A pesar de que los progenitores vivan juntos y la titularidad de la patria potestad pertenezca conjuntamente a ambos, es posible que el ejercicio de la guarda y custodia corresponda solo a uno de ellos. El art. 156 Código Civil de España contiene diversos supuestos de hecho y consecuencias jurídicas que pueden afectar al ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, ya que suponen excepciones al ejercicio conjunto de la patria potestad:

a) Cuando han existido desacuerdos reiterados de los progenitores sobre aspectos importantes de la guarda y custodia. En estos casos, cualquiera de los progenitores podrá acudir al Juez, quien decidirá lo necesario (art. 156, párrafo 2, C.C. de España).

b) Cuando un cónyuge esté incapacitado o imposibilitado transitoriamente para ejercer la guarda y custodia. En este grupo se incluye la segunda situación, que es la que se produce cuando existe una separación de hecho entre los progenitores. En estas situaciones, la guarda y custodia será ejercida

exclusivamente por el progenitor que convive con los hijos (art. 156, párrafos 4 y 5, C.C. de España).

2.- Una segunda situación es la que se deriva de la ruptura de la convivencia entre los progenitores en el seno de los procesos judiciales matrimoniales o de ruptura de la pareja de hecho. En este caso el Código Civil de España contiene unas normas específicas (señaladamente, los arts. 90 a 96) donde aparecen reglas relativas a la atribución de la guarda de los hijos menores habidos en común en el matrimonio que se adoptarán en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio matrimonial. Estas reglas se aplican de igual manera, por analogía, a los hijos nacidos en el seno de una pareja de hecho; no casada.

La distinción entre guarda y patria potestad cobra sentido, verdaderamente, cuando “no son ambos padres los que conviven con el hijo, de tal manera que no es posible que, como se hace, de manera natural, a partir de la convivencia, los dos realicen materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad” (García, 1997, p. 74), sino que solo el progenitor que tenga encomendada tal convivencia o guarda podrá realizarlas. Así, cabe afirmar que la guarda significa encomendar el cuidado directo del niño a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre estos impide que tal tarea sea desempeñada por los dos.

De esta forma, “patria potestad” resulta un término genérico, mientras que el de “guarda” es específico. En este punto se debe hablar del ejercicio de la patria potestad como concepto general, y de la guarda y custodia como concepto especial que aparece ante la realidad de la falta de convivencia de los hijos con cualquiera de sus progenitores.

Además, se debe señalar que “no existe una definición legal de guarda y custodia en España” (Pinto, 2009, p. 37). En la legislación española, existen referencias al vocablo, pero ni en el capítulo referente a los efectos de la crisis matrimonial ni en relativo a las relaciones paterno-filiales el código Civil define ninguno de los términos objeto de análisis. Por su parte, la doctrina española no ha dedicada demasiada atención al concepto de guarda, como distinto del de patria potestad.

El Código Civil de España, con referencia a las relaciones paterno-filiales, en general, hace referencia al término en los siguientes preceptos: en el art. 154.1: “tenerlos en su compañía”, caso en el cual resulta evidente que se refiere a contextos de convivencia normal; por su parte, el art. 159 señala que, si los padres viven separados y no existe acuerdo, el juez decidirá, en beneficio de los hijos, “al cuidado de qué progenitor quedarán los menores”. Dentro de las disposiciones relativas a las crisis matrimoniales tras la Reforma 2005 (como se denomina la reforma ocurrida en la legislación española en julio de 2005) se menciona, en las siguientes disposiciones: en el art. 90 del Código Civil se contempla una percepción general, relacionado con el contenido del “Convenio Regulador” (el que realiza la pareja una vez ha tomado la decisión de divorciarse por mutuo acuerdo), que prevé “el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad”.

Por su parte, el art. 92 del Código Civil de España, contempla la utilización de diversos términos para referirse a la custodia: “custodia y el cuidado de los hijos”, “guarda conjunta”, “guarda y custodia”, “guarda y custodia compartida” y por último “custodia de los hijos”. Así mismo, el art. 96 dispone que respecto al uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario den ella, corresponde a los hijos y al cónyuge “en cuya compañía queden”. En el art. 103 se señala que el juez, a falta de acuerdo entre cónyuges, determinará con cuál de ellos han de quedar los menores y la forma en que el cónyuge apartado podrá “tenerlos en su compañía”.

De igual manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, si bien utiliza el término “guarda” en los arts. 748.4, 769.3 y 770.6, tampoco realiza una definición del término.

1.10.3 La atribución de la guarda y custodia de los hijos tras ruptura convivencial de los progenitores. De acuerdo con el objeto del presente trabajo, enfocaremos el tema de la guarda y custodia en situaciones de ruptura convivencial de los progenitores (matrimonial o extramatrimonial). En este sentido, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores ha sido a lo largo de varios años una de las cuestiones centrales en España en los supuestos de crisis convivencial de pareja tanto matrimonial (separación, nulidad y divorcio), como no matrimonial (pareja de hecho).

La tratadista Equiza en su trabajo titulado “Dificultades derivadas de la implementación práctica del régimen de visitas con los hijos”, reseña la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4/11/2002, en la que se manifiesta que

...la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de los hijos con ambos progenitores, debiendo necesariamente encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro progenitor para realizar labores educativas de los menores, sino simplemente la necesidad física de permanencia con uno de ellos. (Equiza, 2014, p. 2)

Por lo tanto, la atribución de la guarda y custodia supone la designación del miembro de la pareja sobre el que recaerá el cuidado diario y directo de los hijos menores, encargándose de su educación y control cotidianos. En la práctica, y como consecuencia de lo anterior, en España, el progenitor “beneficiario” de la custodia, “lo será también de la atribución de la vivienda familiar, a lo que habrá que sumar el carácter de acreedor de la pensión de alimentos” (garcía y Otero, 2006, p. 75). Así lo señala el art. 96 del Código Civil de España:

Artículo 96. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. (Código Civil de España, art. 96)

Según el tratadista español Pinto, como señalan de forma reiterada las resoluciones judiciales relativas a esta atribución, dos son los principios con los que juega el juzgador a la hora de adoptar estas decisiones:

1.- **El interés superior de los hijos menores.** De este modo, es principio elemental, necesario en la adopción de cualquier medida relativa a los hijos, el de que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el interés del menor (*bonum filii*) ha sido elevado a principio universal del Derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 del Código Civil de España) y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales o no matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial (SAP Córdoba 2ª 13.5.2004).

2.- **Una amplísima discrecionalidad judicial.** La supremacía del interés superior del menor en materia de Derecho de Familia trae consigo que en el ámbito procesal rijan unas especialidades propias de este tipo de proceso. Constituye jurisprudencia consolidada en materia de crisis matrimonial y

extramatrimonial que la cuestión formal de la conveniencia no se concilia plenamente con los intereses superiores que juegan en este ámbito, de manera que con respecto “a las medidas relativas a los hijos impera un amplísimo arbitrio judicial que permite al órgano jurisdiccional adoptar cualquiera que considere conveniente para los menores, sin sujeción a los principios dispositivo y rogatorio” (Rivero, 2007, p. 42). No tiene el juez un criterio prefijado, como sucedía en las regulaciones pasadas, sino que, atendido el caso concreto y siempre en interés de los hijos, deberá determinar el régimen de guarda que considere más apto. “con respecto a las medidas relativas a los hijos impera un amplísimo arbitrio judicial que permite al órgano jurisdiccional adoptar cualquier medida que considere conveniente para los hijos, sin sujeción a los principios dispositivo y rogatorio”, donde el juez no puede inmiscuirse sin que haya petición de parte” (Castillejo, 2007, p. 42).

Así pues, partiendo como grandes principios generales del interés superior del menor y de la amplia discrecionalidad judicial, en situación de ruptura de la convivencia entre los progenitores, la determinación de la guarda y custodia de los hijos menores plantea la alternativa de atribuirla:

- A uno de los progenitores, de manera individual y exclusiva; o bien
- A ambos progenitores, de forma compartida y alterna.

Se debe admitir que la guarda de los hijos confiada a uno solo de los progenitores sigue siendo la medida que se puede considerar como la regla general. La paulatina admisión de la guarda compartida no excluye no le da carácter de preferencia frente a la guarda exclusiva.

El apartado 4 del nuevo art. 92 del Código Civil de España no la olvida cuando señala que los “padres podrán acordar en el Convenio Regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida

total o parcialmente por uno de los cónyuges”. No se encuentra referencia general a no separar a los hermanos en este tipo de atribución de guarda, aunque el sentido común recomienda que la regla siga rigiendo, como antes de la Reforma 2005.

La única evolución jurisprudencial que puede calificarse de significativa en este punto es la paulatina generalización de la custodia exclusiva, pero con amplio régimen de visitas para el progenitor no custodio. Ahora bien, la atribución de un régimen de visitas amplio muchas veces disimula el pensamiento de los jueces que no aceptan la implantación de la custodia compartida pero que por el contenido de sus resoluciones, parecen querer asimilar a dicha modalidad de custodia. (Pinto, 2009, p. 17)

Ambas realidades deben diferenciarse: el derecho de visitas se configura como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas de los hijos en aras de su desarrollo. Por el contrario, la guarda y custodia confiere a su titular el derecho-deber de decidir sobre la adecuada atención ordinaria de los menores bajo su cuidado en un plano superior al progenitor que los recibe en razón del régimen de visitas establecido.

Un régimen de visitas reparte los tiempos de convivencia, la custodia compartida también, pero reparte además la implicación y la responsabilidad que provienen del ejercicio diario y cotidiano de la patria potestad, lo que no acontece en el régimen de visitas, por muy amplio que sea.

1.10.4 Atribución de la custodia compartida a ambos progenitores

1.10.4.1 La custodia compartida. La custodia compartida en España “constituye una relativa innovación que ha venido produciéndose en todo nuestro entorno cultural” (Pérez, 2007, p. 82).

La redacción final del nuevo art. 92 del Código Civil de España incluye dos términos: “guarda conjunta” (apartado 7) y “guarda y custodia compartida” (apartados 5 y 8). Ambas denominaciones han sido objeto de críticas por la doctrina española, precisamente por no responder a la dinámica en que consiste: esta guarda ni es conjunta ni se comparte, sino que se alterna entre los progenitores en el lugar de estancia y/o en el tiempo. Por ello, parece que lo más adecuado sería hablar de “custodia alterna, alternada, alternativa o sucesiva”.

No obstante, hay que reconocer que la denominación “custodia compartida” es la que se suele utilizar en la práctica y a nivel social.

Si se ha de buscar un concepto de “custodia compartida”, no se encontrará en el Código Civil de España. El fundamento teórico de la institución reside en la idea de que la separación o el divorcio ponen fin a la convivencia entre los progenitores, pero no a los vínculos familiares; ello supone que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos comunes, una vez sobrevenida la crisis convivencial, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenían con anterioridad. Este fundamento se corresponde “con los conceptos de patria potestad y responsabilidad parental de los progenitores (art. 154 CC), la plena igualdad jurídica de las personas (art. 14 CE), de los cónyuges (art. 66 CC) y de los hijos ante la ley (art. 39 CE)” (Tomé, 2004, p. 24).

Según la doctrina española, sería aquel modelo de guarda y custodia -en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores” (Pérez, 2005, p. 275). En otro sentido, se señala que consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de “guardador” y “visitador” (propios de la guarda exclusiva), la cual, en abstracto, “les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de la pareja” (Guilarte, 2005, 156).

En la jurisprudencia se señala que, cuando se alude a la custodia compartida, se está refiriendo a un sistema de alternancia o reparto de tiempos y lugares de estancia de los hijos con cada uno de sus padres; o sea, cuando se resuelve sobre la custodia compartida, lo que se está decidiendo es con qué progenitor y dónde vivirá el menor en cada momento. Se dice que se trata de “una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre, están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional una atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro” (Audiencia Provincial de Barcelona, 2007, p. 2).

La custodia compartida presenta distintas formas en función de la atribución del uso de la vivienda familiar y el tiempo que cada progenitor tendrá a su cargo el cuidado de los hijos; además, “para adoptar una fórmula de custodia compartida, será necesario valorar muchos factores, tales como: el horario laboral de los padres, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su edad, el horario escolar, etc.” Echeverría, 2012, p. 126)

A partir de estas ideas iniciales, y siguiendo al tratadista español Pinto, pueden derivarse tres posibles conceptos.

1.10.4.2 Custodia compartida en sentido estricto. “Se trata de la auténtica y verdadera custodia compartida. Por supuesto, parte de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas, los cónyuges y de los hijos ante la ley, así como la corresponsabilidad parental de los progenitores, no obstante la ruptura de la pareja” (Pinto, 2009, p. 42).

Pero lo característico de esta auténtica custodia compartida es que se trata de crear la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una modalidad familiar que realmente se ha perdido: todo queda más o menos igual en cuanto a la relación que tienen los hijos con sus progenitores, con la salvedad de que estos ya no viven juntos.

Los progenitores se alternan en el cuidado de los hijos sin coincidir físicamente entre ellos a lo largo del día o, a lo sumo, a lo largo de varios días a la semana. Como los períodos de alternancia son tan cortos (horas, días), los progenitores realizan cada uno y unilateralmente determinadas tareas (llevarlos y traerlos del colegio, de la guardería al médico, a las actividades extraescolares, al entrenamiento, al parque; comer, cenar, pernoctar...); pero se ven obligados a la toma de decisiones en común ordinarias y cotidianas en relación con los hijos (decidir si van o no a un cumpleaños, a qué hora debe volverse a casa, cuánto dinero asignarle semanalmente...). En este sentido, se trataría de que los menores continuasen más o menos con el régimen de vida de antes de la separación, con la salvedad de que los padres no viven juntos.

Este concepto estricto, de inicio, excluiría lo que se denomina “custodia repartida” por períodos más o menos amplios, esto es, el reparto de la custodia del menor por quincenas, meses, trimestres, semestres, así como un régimen de visitas más o menos amplios. En efecto, la jurisprudencia se refiere a este concepto estricto cuando señala que “por custodia compartida no cabe entender que los hijos pasen a vivir con uno y otro progenitor repartiéndose por períodos iguales, sino que todas las concepciones doctrinales sobre esta cuestión giran en torno a un mayor grado de implicación del cónyuge no conviviente en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos, con una participación mucho más activa que la que hasta ahora se contempla, no limitándose a ser mero receptor pasivo de la prole en el domicilio propio los fines de semana alternos y los periodos vacacionales” (Audiencia Provincial de Toledo, 2005, p. 2).

En una “custodia por periodos repartidos” resulta notorio que el contenido semántico del verbo “repartir” es muy distinto del de “compartir”. Y agrega la jurisprudencia: “El presupuesto del reparto, especialmente cuando se realiza entre personas enfrentadas como las del presente proceso, parte de considerar al menor como una especie de propiedad que se tiene en una modalidad de condominio forzoso” (Audiencia Provincial de Barcelona, 2006, p. 4).

Como puede observarse, este concepto tan estrecho no es de fácil aplicación en la práctica tras la ruptura de las parejas. Exige, en principio, una altísima predisposición por parte de ambos progenitores y la plena aceptación por los hijos, sin traumas, de tratar de que la separación o divorcio no suponga más que la falta de convivencia física en común de ambos progenitores.

1.10.4.3 Custodia compartida en sentido amplio. Es el que habitualmente se utiliza en la práctica. En este concepto, como ampliación del anterior, se abarca tanto la custodia compartida en sentido estricto (alternancia horaria y diaria o semanal, antes explicada) como la custodia repartida por periodos más o menos amplios (alternancia por quincenas, meses, trimestres, semestres, año), De cualquier manera, no puede negarse que este concepto amplio también parte de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas (los cónyuges y los hijos) y de la responsabilidad parental que corresponde a todo progenitor. Por otra parte, satisface el derecho de todo niño a mantener relaciones y contacto con sus dos progenitores (art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989).

Los progenitores se reparten la custodia sin coincidir físicamente entre ellos y a lo largo de periodos alternas más o menos largos (semanas, quincenas, meses, trimestres). En este caso, como los periodos de alternancia son mayores, los progenitores no solo realizan cada uno unilateralmente determinadas tareas (llevarlos, traerlos del colegio, de la guardería, al médico, a las actividades

extraescolares, al entrenamiento, al parque; comer, cenar), sino también la toma de casi todas las decisiones ordinarias y cotidianas durante ese período.

Aquí el concepto esencial de custodia compartida se diluye cuando se reparte cada padre la custodia de un menor por períodos largos, ¿Qué normalidad familiar se mantiene? El presupuesto del “reparto” especialmente cuando se realiza entre personas enfrentadas, parte de considerar al menor como una especie de propiedad o mercancía que se tiene de una modalidad de condominio forzoso.

El tratadista español Pinto, va más allá, y asevera que en al revisar la jurisprudencia se comprueba que “lo habitual es solicitar “custodias compartidas” que no son más que “custodias por períodos repartidos” y que suelen esconder intereses espurios: evitar el pago de pensiones, evitar la atribución de la vivienda al otro progenitor, solicitudes carentes de concreción o verdadero rigor y seriedad que obedecen a estrategias procesales de defensa, etc. Quizás (o seguramente) este sea el motivo de su habitual desestimación” (Pinto, 2009, p. 44).

A pesar de sus limitaciones, debe quedar claro que este concepto amplio, aceptado y habitual de custodia compartida excluye los regímenes de custodia exclusiva con amplio derecho de visitas. Lo esencial de la custodia compartida no es únicamente el reparto de tiempo, el reparto de la presencia física del progenitor con el menor: este reparto también puede conseguirse a través de una custodia exclusiva con amplio régimen de visitas. La custodia compartida implica algo más que ser un simple “receptor” o “visitante”; como señala la jurisprudencia, “la línea de separación entre la figura de la guarda y custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas del art. 94 CC es más difusa cuanto más amplio sea el régimen de comunicación y visitas, pero desde el plano técnico ello no autoriza a igualar uno y otro, en cuanto que el otorgamiento de la guarda y custodia confiere a su titular el derecho-deber de decidir sobre la adecuada atención ordinaria de los

menores bajo su custodia en un plano superior al progenitor que los recibe en razón del régimen de visitas establecido, quien no por ello no deja, como es lógico, de constituirse en garante de su cuidado mientras están con él, careciendo de sentido, por el contrario, el establecimiento de un régimen de visitas si lo acordado y decretado es la guarda compartida” (Audiencia Provincial de Oviedo, 2006, p. 6).

Las posiciones de “custodio” y “visitante” no suponen más derechos ni una mejor situación de un progenitor respecto al otro, puesto que ambos, en principio, ostentan la patria potestad. Ahora bien, el concepto de “custodia” está asociado a la idea de crianza y cuidado de los menores en sus aspectos más cotidianos.

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

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que compartir con el otro progenitor el cuidado diario del niño (custodia compartida en sentido estricto) no es lo mismo que ver y estar más tiempo con el menor (régimen amplio de visitas) o repartirse durante períodos de tiempos más o menos largos su guarda. Sin embargo, y en definitiva, con independencia del concepto estricto, lo cierto es que el mayoritariamente aceptado es el amplio, que incluye la custodia repartida.

1.11 IMPACTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Una vez conceptualizada la institución de la custodia compartida, se puede señalar que frente a la atribución en exclusiva de la custodia a uno de los

progenitores, la custodia compartida puede ofrecer importantes ventajas y beneficios para el menor. Por ejemplo, la jurisprudencia española suele preocuparse de señalar estas ventajas junto a los inconvenientes que presenta; en cuanto a sus ventajas o beneficios, son realmente son mayores y superiores a aquellos, ya que con la custodia compartida:

- Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales, por lo que al constituir el modelo de convivencia más cercano a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, la ruptura resulta menos traumática.
- Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc.
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.
- Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o corresponsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor conciencia de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.

- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores. En este sentido se reduce el riesgo de aparición en el menor del denominado síndrome de alienación parental.

Lamentablemente, hay que reconocer que el denominado síndrome de alienación parental (SAP) ha venido constituyendo una práctica por parte de ciertos progenitores que abusando de su posición de “guardador”, inculcan y manipulan a sus hijos con ideas negativas sobre el otro progenitor. Ros, Domingo y Beltrán lo definen así:

Es un proceso que consiste en programar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. El hijo da entonces su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienador, este confía en su hijo sus sentimientos negativos y las malas experiencias vividas con el progenitor ausente haciendo que el hijo absorba la negatividad del progenitor. (Ros, Domingo y Beltrán, 2014, p. 2)

El psicoterapeuta alemán Boch-Galhau advierte que con relación al síndrome de alienación parental (SAP):

En los últimos años hay un aumento de consultas psiquiátrico-psicoterapéutico de dos grupos de pacientes: 1) Adultos, hijos de padres divorciados, con trastornos psíquicos y psicósomáticos de cierta importancia. Las causas de sus dificultades con frecuencia son graves problemas de autoestima, de identidad y para relacionarse vinculadas a la pérdida de un progenitor después de una separación/un divorcio cuando eran niños y jóvenes. 2) Progenitores, tanto madres como padres, sin embargo principalmente padres, que después de la separación/el divorcio han perdido total o parcialmente el contacto con su hijo/sus hijos desde hace meses o incluso años. (Von Boch-Galhau, 2014, p. 2)

Respecto a la problemática del síndrome de alienación parental (SAP) se puede apreciar en los comentarios de los expertos reseñados que sus efectos nocivos perduran hasta la edad adulta, perjudicando, en nuestras palabras, a las futuras generaciones que crecen con odio hacia un progenitor, lo que obliga, en el

caso del derecho de familia, tomar las medias preventivas para disminuir, detectar o prevenir esta situación, tal y como lo expone Metzger, citado por Von Boch:

En la psicodinámica del divorcio se requiere una colaboración de todos los participantes del proceso de divorcio. O sea, padres, oficinas de asesoramiento, trabajadores sociales, terapeutas, peritos psicológicos, jueces de familia y abogados. En lo que concierne a los apoderados del proceso, según mi opinión, esto deberían estar obligados de manera profesional o jurídica a anteponer en el procedimiento de custodia los intereses del niño a los intereses de sus clientes – aún en una resolución rápida. (Von Boch-Galhau, 2014, p. 130)

- Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija, que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor.
- Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, convirtiéndose así mismo en un modelo educativo de conducta para el menor.

Ahora bien, junto a los beneficios consignados, y frente al mantenimiento de una relación más equilibrada del menor con sus dos padres que la custodia compartida representa, se elevan algunas opiniones en contra de esta fórmula, señalando que la custodia compartida en puridad jurídica no es viable, que es un contrasentido con la medida de divorcio matrimonial y que dicha alternativa redundaría en perjuicio del menor por las siguientes razones:

- La posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios y traslados de domicilio; continuo peregrinaje de un lugar a otro.

- Los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; de quedarse el menor en el domicilio familiar, por el cambio continuo de costumbre según accedieran al domicilio familiar, el padre o la madre y su repercusión en las relaciones del hijo o hija con su familia, amigos y compañeros de clase, estudios, etc.
- Las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.

Según los psicólogos, “la falta de éxito de la custodia compartida provoca repercusiones negativas en los menores bastante destructivas (presenciar conflictos parentales, verse atrapados en sus disputas y los consiguientes problemas de lealtad); mantenimiento de los procesos familiares disfuncionales; problemas de adaptación en los hijos; sobrecarga de tener que vivir en dos hogares; confusión y ansiedad por la anticipación de los cambios” (Audiencia Provincial de Alicante, 2004, p. 4).

No existe un modelo único y general de custodia compartida, pues cada situación familiar es distinta y son los progenitores o en su caso el juez los que atendiendo a las circunstancias personales, deberán establecer el modelo o régimen de custodia que consideren más conveniente en cada caso. La custodia compartida sería la solución correcta para casos concretos y específicos de crisis convivencial en los que tengan encaje y sea posible que ambos progenitores asuman su corresponsabilidad parental, principio que en todo caso debe ceder frente al “interés superior del menor”, que es lo que debe primar en todo caso.

El principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos. Combina la igualdad entre hombre y mujer en su cualidad de padre o madre y

sobre todo el derecho del niño, en su interés a ser criado por sus dos padres, vivan o no bajo el mismo techo.

La custodia compartida podría ser una buena fórmula, siempre y cuando se den una serie de condiciones para su ejercicio. Si concurren las condiciones personales y materiales, habrá que ver cuál es la fórmula concreta de alternancia de los períodos de convivencia con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias del caso, como por ejemplo la edad del menor, la distancia geográfica entre los domicilios materno y paterno, las obligaciones laborales, etc., factores que condicionan la distribución de los períodos de convivencia. Si no concurren, habrá que establecer otro régimen de guarda.

2. INSTITUCIONES JURÍDICAS PARA LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA Y ESPAÑA

2.1 COLOMBIA

La Ley 1098 de 2008, en el artículo 23, se ocupa de la custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes y establece que ellos “tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales” (Ley 1098 de 2006, art. 23), como puede observarse, la custodia y el cuidado personal se presenta como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales.

El Código Civil Colombiano respecto a las obligaciones de los padres con sus hijos nos dice que corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos (art. 253) y que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal (Código Civil, art. 257).

A su vez, la Corte Constitucional, de manera declarativa, ha señalado algunas reglas aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos del menor y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su cuidado y custodia.

2.1.1 Reglas declarativas para definir jurídicamente la custodia. La aplicación del principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás ha permitido resolver las disputas que se presentan entre quienes pretenden la custodia y cuidado de los niños. La Corte Constitucional enunció, de manera puramente indicativa, varias reglas aplicables a los casos en que sea

necesario definir conflictos entre los derechos de los niños, niñas o adolescentes y los de los familiares que disputan jurídicamente su cuidado y custodia, enfatizando en que los señalamientos de la ley (Código del menor en ese momento vigente) sobre la materia no pueden operar de manera automática y mecánica. Dichas reglas, que sintetizamos a continuación, fueron estructuradas en la sentencia T-442 de 30 de septiembre:

- La custodia y el cuidado del menor deben contar con una base suficiente de legitimación o merecimiento; en consecuencia para otorgarla debe valorarse objetivamente la respectiva situación para establecer quien está en condiciones de proporcionar las seguridades que se requieren para lograr el goce pleno y efectivo de los derechos del menor, y su bienestar y desarrollo armónico e integral, y abstenerse de otorgar dicha custodia y cuidado a personas que no estén en condiciones de ofrecer las garantías adecuadas para tales fines.
- En cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable a las condiciones en que se encuentra el menor en un momento dado, y valorar sí el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado.
- Debe escucharse la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, porque constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión, más aún, si aquélla se adecua al mantenimiento de las condiciones favorables de que viene disfrutando. Es inadmisibles que se pueda coaccionar al niño, niña o adolescente, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente.
- Quienes reclamen la custodia del menor deben ceder en sus aspiraciones y pretensiones, aún cuando formalmente tengan un fundamento legal, ante los

criterios expuestos, y que han sido elaborados bajo la óptica de la realización y efectividad material de los principios y valores constitucionales y de los derechos fundamentales que se reconocen a los menores.

De todas maneras el principal criterio o regla a aplicar, cuando se trata de resolver las disputas respecto del ejercicio de la custodia y cuidado personal y del derecho de visitas, es el principio supraconstitucional del interés superior del niño, que se encuentra implícito en las reglas expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia T-442 de 1994. Por ello, cuando se encuentran en tensión los derechos fundamentales de los niños, como el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, la jurisprudencia de la Corte Constitucional indica que tal derecho admite como única excepción la protección del interés superior del niño. Así lo señaló en la sentencia T-408 de 1995:

Por encima de las desavenencias existentes entre los padres, estos tienen el deber primordial de promover y proteger el derecho fundamental del menor a tener una familia y a no ser separado de ella. La única excepción al derecho de padres e hijos a mantener relaciones consiste en la protección del interés superior del menor. Sin embargo, para justificar la separación entre padres e hijos, no basta que el padre que tiene bajo su cuidado al menor, alegue el virtual daño que puede generar sobre su personalidad el contacto con el otro progenitor. 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 sean manifiestos y exhiban una intensidad que la haga razonable e indispensable. (Corte Constitucional, sentencia T-408 de 1995)

De conformidad con tal doctrina constitucional el interés superior del niño prevalece sobre los intereses de los demás, sin que ello implique que sea absoluto

o excluyente frente a estos porque si prevalecer significa que una persona tiene alguna ventaja o superioridad frente a otra, cuando dos o más intereses aparecen contrapuestos en casos concretos y no se pueden armonizar, el del niño tiene prioridad, pero los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas que sea relevantes, se deben tomar en cuenta, precisamente en función del interés superior del niño.

Finalmente se puede señalar que el juez cuenta con un amplio margen para determinar la forma cómo asigna la custodia y las visitas, para lo cual atenderá su buen juicio y prudente discreción, y si bien no está sometido a una camisa de fuerza, la decisión dependerá en últimas de su apreciación equilibrada, que en todo caso debe propender por el interés superior del niño, conforme a las orientaciones y criterios precedentemente señalados.

2.1.2 Características del derecho de custodia. En cuanto a las características del derecho de custodia, estableció el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia las siguientes:

a) Es permanente. Lo cual ratifica lo anotado acerca de que, al implicar el cuidado personal, tratándose de las visitas, deben éstas desplegar tal cuidado.

b) Es solidaria entre los padres. Resalta su connotación de ser un deber. La solidaridad debe ser entendida en un sentido amplio, a saber, que puede ser exigida de cualquiera de los dos padres, pero no en uno riguroso, como en el derecho de las obligaciones, porque finalmente el propósito de la regla consiste en establecer un deber conjunto.

c) Debe ser ejercida en forma oportuna, adjetivo éste que significa que algo se hace o sucede en tiempo y cuando conviene. Como las palabras de la ley se han de entender en su sentido natural y obvio, es claro que con esta nota se

precisó el concepto de la responsabilidad de los padres, a quienes compete la prueba de haber obrado oportuna y convenientemente en defensa de los intereses del hijo, quedando ello a la apreciación del juez o funcionario al que pueda corresponder la asignación de la custodia. Se trata, de todos modos, de una exactitud legal de gran trascendencia para la definición de los conflictos sobre custodia.

d) Tiene como fin el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y esa meta, que es la que anima íntegramente el Código de la infancia, será la guía del funcionario que se ocupe de la asignación de la custodia, porque ésta no se podrá fundar en las necesidades del padre, ni bastará que éste aduzca un derecho por ser el padre.

2.1.3 Actuaciones y procesos en que se decide la custodia. Aunque no se incluyó en el Código de la Infancia y la Adolescencia ningún precepto que de manera concreta desarrolle la asignación de la custodia, no puede dudarse que el artículo 23 es la fuente plena para la resolución de los interrogantes y conflictos que alrededor del punto puedan suscitarse.

La custodia se puede fijar por medio de: i) Conciliación entre las partes ii) Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y iii) Proceso Verbal Sumario ante el Juez de Familia.

Conciliación entre las partes. Siendo este un instrumento jurídico por medio del cual las partes en conflicto antes de un proceso o en el transcurso de este, se someten a un trámite conciliatorio. La esencia conciliación es la solución del conflicto a través de la autonomía de la voluntad de las partes, pues son ellos soberanamente quienes llegan a un acuerdo y precisan las circunstancias de modo, tiempo y lugar del mismo, con la intervención de un tercero imparcial y facilitador llamado conciliador. Cuando se trata de conciliación, la ley autoriza el

trámite a los conciliadores de los centros de conciliación, a los Defensores y Comisarios de Familia, a los Delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público y a los notarios.

La conciliación podrá ser judicial o extrajudicial, si, se realiza antes o por fuera de un proceso judicial, el Defensor de Familia interviene en la conciliación extrajudicial según lo consagrado en los artículos 31 y 40 de la Ley 640 de 2001 y 8 del Decreto 4840 de 2007.

En este punto es bueno anotar que la legislación colombiana ha admitido una restringida autonomía de la voluntad, en relación con el ejercicio por parte de los padres de la custodia y cuidado de sus hijos.

Lo ideal es que tratándose del ámbito íntimo y privado del derecho de familia las decisiones en punto a las relaciones interpersonales del grupo familiar, como las referidas a la custodia y cuidado personal, se adopten por la pareja sin intromisiones extrañas, y en caso de no poder llegar directamente a tales acuerdos se recurra a las autoridades administrativas para que con su intervención e intermediación se puedan conciliar los intereses en conflicto, que permita a los padres acordar aquello que más convenga al interés superior del niño.

Tal postura se fundamenta en el hecho que los padres son los llamados por naturaleza a definir la forma cómo compartirán el tiempo con sus hijos, a través de decisiones que implican la organización de la vida familiar, y que la pareja aunque separada conserva con sus hijos indisolubles lazos de parentesco que los unen permanentemente. Por eso son ellos, de consuno, los llamados a construir las soluciones sin la intromisión de un tercero que resulta inconveniente, así se trate del juez, del defensor de familia o comisario de familia.

El proceso administrativo de restablecimiento de derechos constituye un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales 44 y 45 y, claro está, para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia. Este proceso especial, incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la Ley, restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2007, p. 2).

Manifiesta el artículo 51 de la Ley 1098 de 2006:

El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar o conducir ante la Policía, las Defensorías de Familia, Las Comisarías de Familia o en su defecto, los Inspectores de Policía o las Personerías Municipales o Distritales a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales. (Ley 1098 de 2006, art. 75)

Las medidas de restablecimiento de derechos son decisiones de naturaleza administrativa que decreta la autoridad competente para garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Pueden ser provisionales o definitivas, y deberán ser acordes con el derecho amenazado o vulnerado, garantizando, en primer término, el derecho del menor de edad a permanecer en el medio familiar.

El artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término para

interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia, “para que de oficio adelante la actuación o el proceso respectivo, teniendo éste el deber de informar a la Procuraduría General de la Nación de dichas situación” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012, p. 1).

De otra parte, en el párrafo del artículo 11 de la Ley 1098 de 2006 se indica que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar y asegurar el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

El trámite administrativo para regular la custodia y el cuidado personal de un niño, niña o adolescente se lleva a cabo ante el Defensor o Comisario de Familia, teniendo en cuenta el domicilio del menor de edad y la competencia territorial de la autoridad administrativa; el artículo 100 de la ley 1098 de 2006 consagra el procedimiento administrativo y las formalidades que la Autoridad Administrativa deberá tener en cuenta (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 2):

- La Autoridad Administrativa citará a las partes por el medio más expedito a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez (10) días siguientes a la petición.

- Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación.

- Cuando no se llegue a acuerdo conciliatorio o existiendo inasistencia a la audiencia, el Defensor de Familia iniciará la actuación administrativa y mediante

Resolución motivada establecerá las obligaciones de protección del niño, niña o adolescente y la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia.

- De lo ordenado por el Defensor de Familia se correrá traslado a las partes por el término de cinco (5) días para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.

- Vencido el traslado a las partes el Defensor de Familia decretara las pruebas que considere necesarias y fijara fecha para audiencia de práctica de pruebas y proferimiento de fallo.

- La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud, excepcionalmente el Director Regional podrá autorizar la ampliación de la misma hasta por dos (2) meses más.

- Contra la decisión del Defensor de Familia procede el recurso de reposición ante la misma autoridad o la Homologación del fallo ante el Juez de Familia.

- Con respecto al trámite judicial, de conformidad con la ley 640 de 2001 art 35, el solicitante debe agotar primero el requisito de procedibilidad (conciliación prejudicial) (Ley 640 de 2001, art. 35) ante los conciliadores autorizados por la ley, excepto cuando se solicite la práctica de una medida cautelar, caso en el cual puede acudir directamente a la jurisdicción de familia.

"Art. 590. (...) Par. 1o - En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al Juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad" (Ley 1564 de 2012, art. 590).

La demanda de custodia y cuidado personal de un niño, niña o adolescente se tramitará a través de un proceso verbal sumario, de conformidad con las reglas del artículo 435 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ante el Juez de Familia del domicilio del niño, niña o adolescente y se podrá presentar a través de apoderado judicial o sin éste, en todo caso el Juez deberá resolver el proceso en el término máximo de un año.

Frente al proceso verbal sumario, la Corte Constitucional, en sentencia C-179 de 1995 indicó que:

El proceso verbal sumario pertenece al grupo de los juicios que el Código clasifica y denomina declarativos y, como su nombre lo indica, se caracteriza por ser breve y ágil, pues se ha creado con el fin de resolver algunos asuntos que, en razón de su naturaleza o dada la cuantía de la pretensión, no requieren del despliegue de una actividad procesal amplia, ya que en muchas ocasiones con el cumplimiento de unas pocas diligencias es posible decidir; lo que permite su evacuación rápida por parte de los funcionarios competentes. (Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1995)

Finalmente, resulta importante señalar, que en cualquiera de los escenarios señalados la custodia siempre debe ser determinada teniendo en cuenta el bienestar de los menores y la estabilidad familiar. Al respecto la corte Constitucional en sentencia T-808 de 2006, señaló:

... las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección-deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo

puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos. (Corte Constitucional, sentencia T-808 de 2006)

2.1.4 Custodia compartida. El tratadista Parra Benítez señala que mucho se discute en la práctica si la custodia de los hijos puede llegar a compartirse entre los padres que están separados. El debate suele tener dos componentes, a saber, el de la bondad de la figura y el de la autorización legal.

Respecto del primer asunto, no parece posible descartar a priori la custodia compartida, sin revisar si en el caso concreto puede esta ser ventajosa para el hijo.

Acerca del segundo, en Colombia, se puede afirmar que la fuente de la custodia compartida se halla en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, que regula el proceso de divorcio, al disponer que junto con la admisión de la demanda, o antes, si hay urgencia, puede el juez decretar ciertas medidas, y entre éstas se encuentra la de “Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos,...”. (Parra, 2014, p. 7)

El Código de la infancia y de la adolescencia pudo hacer claridad en este tema, pero sin saberse la causa, no lo hizo. No obstante, al caracterizar el artículo 23 la custodia como derecho-deber de ejercicio solidario, perfectamente puede sostenerse, sin error, que en esa disposición se encuentra otra fuente de la custodia compartida.

Por otra parte, y contraposición a la posición del tratadista Parra Benítez, en el coloquio custodia compartida realizado en 2006, el abogado Jhon Eisenhower Ramírez, manifestó que:

A pesar de todo lo dicho hasta aquí, en las condiciones actuales difícilmente se puede encontrar un juez que imponga la custodia compartida como decisión de fondo en una controversia de custodia y cuidado personal del menores, por varias razones:

a) No existe disposición legal que lo autorice. Los jueces siguen llamándose a sí mismos “aplicadores legales” (a los jueces penales les encanta tal expresión y la usan frecuentemente en sus providencias). Así entonces, si la ley no lo dice, nadie lo hace.

b) La Constitución sigue siendo para muchos jueces un contrato social, que requiere desarrollo legislativo. Si no hay ley, eso no existe. Nadie quiere ver más allá del alcance de sus ojos, hasta la punta de su nariz.

c) Hay mucho miedo y es natural: me puede calificar mal mis superiores, me pueden denunciar por prevaricato (uno de los padres o ambos).

d) A una providencia que imponga le cabe redondita una acción de tutela de quien se muestre inconforme con la medida y... hasta del niño, si aduce que no fueron tenidos en cuenta su versión y deseo. (Ramírez, 2006, p. 7)

No obstante las observaciones reseñadas, se pueden encontrar sentencias judiciales que contradicen lo expuesto por el Dr. Ramírez en su coloquio. Por ejemplo, en Cali el 18 de mayo de 2010 el Juzgado Tercero de Familia, resolvió aprobar el acuerdo conciliatorio y otorgar la custodia compartida a los progenitores alternándola mensualmente. En el 2012 se publicó en un diario de circulación nacional que el Juzgado Sexto de Familia de Medellín, se considera emblemático en el departamento de Antioquia y es uno de los pocos en el país en el tema de la custodia compartida. Esto debido a que en la sentencia 003 de 2012, establece que los hijos de dos médicos pasarán una semana con el padre y otra con la mamá. Se infiere entonces que en ambas residencias tendrán sus respectivas habitaciones, ropa, uniformes y los utensilios que requieran y que los dos padres deben costear por partes iguales el estudio. Obviamente, estas no son las únicas sentencias que han reconocido la custodia compartida en Colombia.

En cuanto a la regulación de la custodia compartida, es una idea que cobra fuerza en Colombia y algunos congresistas se han mostrado interesados en cambiar la normatividad al respecto presentando proyectos de ley que no han sido aprobados por el Congreso, como el Proyecto de Ley 249 de 2008, proyecto de

Ley No. 337 de 2009 Cámara, y actualmente se discute el Proyecto de Ley No. 035 de 2014 Cámara.

2.2 ESPAÑA

En España, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años (art. 12 de la Constitución). Así mismo, el art. 39 de la Constitución establece que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” (Constitución de España, art. 39). Como los españoles son mayores de edad a los dieciocho años, aunque los hijos menores de edad tengan una suficiente capacidad natural de juicio, ello no elimina el deber de sus progenitores de procurarles en todo momento la asistencia que estos requieran. El deber de los padres de velar por sus hijos no puede desaparecer por la voluntad de estos.

En el mismo sentido, de acuerdo con el art. 154 del Código Civil, los padres tiene el deber de velar por los hijos menores de edad mientras se encuentren bajo su patria potestad (es decir, mientras no estén emancipados). Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de las instituciones públicas.

El Código Civil Español se ocupa de la minoría de edad al señalar que esta se mantiene mientras el individuo no haya alcanzado los 18 años, edad a partir de la cual se está capacitado para realizar todos los actos de la vida civil. “Art. 315.- la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento” (Código Civil de España, art. 315).

2.2.1 Reglas para definir jurídicamente la guarda y custodia. La Ley 15 del 8 de julio de 2005 modificó el artículo 92 del Código Civil español, y literalmente señala:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

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

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

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

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

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Como pudo apreciarse, el Código Civil de España y la legislación vigente no incluye reglas para definir jurídicamente la custodia del menor. No obstante, a manera de referente, el texto del Proyecto de Ley del Libro II (Persona y Familia) del Código Civil de Cataluña añade que, para determinar el régimen de custodia, hay que tener en cuenta las propuestas de los progenitores y, en particular, los criterios y circunstancias siguientes:

Artículo 233-11. Criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda.

1. Para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad y, en particular, los siguientes criterios y circunstancias ponderados conjuntamente:

a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.

b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.

d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.

e) La opinión expresada por los hijos.

f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.

g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

2. En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen.

3. En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

Así mismo, la práctica jurisprudencial ha venido señalando un conjunto de criterios o condiciones a valorar y ponderar por los Jueces de Familia:

- Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores.
- Buena comunicación y cooperación entre ellos.
- Residencias cercanas o geográficamente compatibles.
- Rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles.
- Estilos educativos de los progenitores similares o compatibles.
- Edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación.
- Cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas.
- Respeto mutuo por ambos progenitores.
- Que no haya excesiva judicialización de la separación.
- Existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia.

- Que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida.

2.2.2 Características del derecho de custodia. La mayor virtud del mandato radica precisamente en su existencia. La aportación fundamental de la Ley 15 de 2005 en lo relativo a la llamada custodia compartida ha sido la de hacer visible esta modalidad de ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, junto a este valor puede detectarse una serie de principios inspiradores que se ponen de manifiesto a lo largo de la norma.

- El principio del interés superior del menor: el interés superior de los hijos menores debe ser el punto de referencia a partir del que giran las medidas a adoptar en relación con la custodia compartida, sea de mutuo acuerdo, sea a petición de uno de los progenitores (España ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, art. 3.1) (España, 1989, p. 2).

El interés del menor es un criterio que vincula al juez a la hora de resolver lo procedente en la atribución de cualquier tipo de la guarda (exclusiva o compartida) en cualquier clase de proceso (mutuo acuerdo o contencioso), con independencia además del tipo de filiación (matrimonial o extramatrimonial).

El ordenamiento jurídico español consagra este principio universal en diversas disposiciones:

- Constitución Española: la Carta Magna garantiza, en su art. 39, dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, la protección integral de los hijos.

- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996). Su art. 2 establece como principio general que “en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” (España, 1996, art. 2).

- Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992. En el ámbito comunitario, el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE 18.12.2000) dispone que “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial” (Unión europea, 2000, p. 6).

- Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1).

Uno de los efectos más destacables de este principio en el ámbito procesal radica en la amplia discrecionalidad judicial para la adopción de oficio de todo tipo de medidas, siempre en beneficio del menor. En los procesos de Derecho de Familia, y singularmente en los matrimoniales con hijos menores, el juez no se encuentra vinculado por las peticiones de las partes, pudiendo acordar medidas incluso distintas a las por ellas solicitadas, siempre y cuando resulten más beneficiosas para los hijos, sin sujeción a los principios dispositivo y rogatorio característicos del proceso civil general en España.

- El principio de “responsabilidad parental” y el derecho del niño a relacionarse con sus progenitores: en la regulación de la Reforma 2005 (Ley 15 de 2005)

palpita la idea de fomentar la corresponsabilidad parental tras la crisis convivencial de la pareja, pero en todo caso se trata de un principio subordinado y que debe ceder ante el interés del menor.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 es certera cuando enfoca la cuestión: “consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad” (España, 2005, p. 1).

Frente a una distribución de roles de la familia en que el cuidado de los hijos estaba normalmente atribuido a las madres, al igual que las labores domésticas, a lo largo de los últimos años se ha venido produciendo una mayor participación del hombre en ambas tareas y se pretende fomentarlo legalmente aún más. Se persigue incrementar la corresponsabilidad de los padres en la educación, formación y cuidados de los hijos comunes, reduciendo así la carga de las mujeres en relación con la atención de sus hijos, que disminuye sus posibilidades de promoción profesional y personal y actividad fuera del hogar. Asimismo, junto a lo anterior, “la ley pretende disminuir la privación a los hijos de la presencia de uno de sus progenitores, así como atender la reivindicación de los varones que se consideraban marginados en el ejercicio de su paternidad” (Zarraluqui, 2007, p. 27).

En definitiva, la custodia compartida no es una panacea ni es la solución universal para todos los casos, partiendo de la consideración de que una separación o divorcio siempre va a causar algún daño al hijo menor, se trata de elegir la solución menos perjudicial. Siendo esto así, resulta evidente que la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a

mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando no perjudique su estabilidad emocional.

- La libertad de decisión de los padres y principio dispositivo: una de las cuestiones más relevantes de la Reforma 2005 es la libertad de decisión de los padres a la hora de establecer la forma de ejercer la patria potestad y, dentro de ella, la custodia de los hijos menores, tras la ruptura convivencial.

En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 declara:

...se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido. [...] Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. (España, 2005, p. 2)

Con esta postura lo que el legislador pretende es que, en situaciones de crisis de pareja, se ha de procurar que la solución con relación a los hijos sea la más adecuada, y ello pasa por atender a los padres, pues solo ellos conocen verdaderamente la realidad de las características de su propia familia y las situaciones personales, económicas y materiales que se dan dentro de ella.

Como tema conexo al anterior se encuentra el principio dispositivo propio del Derecho de Familia:

Una de las consecuencias más relevantes del principio del *favor filii* (interés del menor) en el orden procesal es que las medidas que afectan a los hijos menores de edad han de ser imperativamente acordadas por el juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación característicos

del proceso civil. Pero, frente a ello, este principio general quiebra en la nueva regulación de la custodia compartida contenida en el art. 92 CC, puesto que parte del criterio inexcusable de que la medida debe regirse por el principio dispositivo o de justicia rogada, de tal manera que siempre deberá ser interesada por ambos progenitores (art. 92.5 CC) o, excepcionalmente, por uno de ellos (art. 92.8 CC). Es decir, en la atribución judicial de la custodia compartida rige absolutamente el principio dispositivo. (Guilarte, 2008, p. 16)

El legislador ha optado aquí por dar preferencia al principio procesal de rogación y de libertad de decisión de los padres frente al material de interés superior del menor.

- Principio de universalidad: debe aclararse que la atribución de guarda y custodia de los hijos menores (y dentro de ella, la modalidad de custodia compartida) es una cuestión relativa a las relaciones paterno-filiales derivada de la falta de convivencia de ambos progenitores. Con ello se quiere decir que, pese a la sistemática del Código Civil que sitúa y enclava el reconocimiento y la regulación de esta institución dentro de las consecuencias comunes a la crisis matrimonial (art. 92 Código Civil español), su aplicación debe entenderse extensible a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva. El art. 39 Constitución Española no permite otra interpretación, puesto que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación; así como que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En este sentido, aunque analizaremos el art. 92 del Código Civil español, ninguna duda puede caber respecto a su aplicación analógica a cualquier relación paterno-filial, esté dentro o fuera del matrimonio y cualquiera que sea su origen; lo contrario llevaría a una discriminación injustificada.

2.2.3 Actuaciones y procesos en que se decide la custodia. Del análisis del artículo 92 del Código Civil de España, se desprenden los requisitos procesales,

cabe indicar que el precepto distingue claramente dos supuestos en relación a la custodia compartida: a) A solicitud de ambos progenitores (art. 92.5 C.C.); b) a solicitud de uno de los progenitores (art. 92.8 C.C.).

a) A solicitud de ambos progenitores: Conforme al art. 92.5 del Código Civil de España, la guarda compartida se puede decretar por el juez cuando los progenitores así lo propongan en convenio regulador o cuando lleguen a este acuerdo a lo largo del procedimiento contencioso. Esto supone que puede decretarse o bien en el procedimiento del art. 777 Ley de Enjuiciamiento Civil - LEC (Mutuo acuerdo), o bien en el del art. 770.5 LEC (contencioso reconvertido a mutuo acuerdo). Cabe señalar que esta misma solución procedimental habría de seguirse si lo que se trata es la homologación judicial de un convenio regulador suscrito por una pareja de hecho con hijos menores que contenga, entre otros acuerdos económicos y personales, la custodia compartida, y ello en orden a evitar la duplicidad de procesos. La Ley de Enjuiciamiento Civil de España equivale al Código de Procedimiento Civil colombiano o Ley General del Proceso de Colombia.

La posibilidad, no supone ninguna novedad, pues ya venía constituyendo una práctica judicial antes de la Reforma 2005, pero la norma tiene la virtud de su plasmación legal y responde a la pretensión señalada por la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 de “reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad”. En esta línea, para la obtención de dicho acuerdo de custodia compartida adquiere especial protagonismo el recurso a la mediación familiar, dado que la ratio de dicha figura es ayudar a las partes y facilitarles la obtención “por ellas mismas” de un acuerdo satisfactorio. La regla 7ª del art. 770 LEC permite a las partes, de común acuerdo y voluntariamente, solicitar la suspensión del proceso contencioso para someterse a mediación (mediación), que en este caso podría desembocar en un convenio regulador con el acuerdo de custodia compartida.

Se trata de uno de los aspectos más impecables de la nueva regulación aunque ciertamente el legislador acepta la custodia compartida de mutuo acuerdo con unas extraordinarias cautelas. Ese inicial consenso de los progenitores está sometido a una homologación judicial que el legislador ha rodeado de garantías extraordinarias: audiencia del fiscal, audiencia de los menores, informe de los equipos técnicos, y todo ello para concluir sobre la idoneidad de esa medida. Así pues, la aprobación de la medida de custodia compartida de mutuo acuerdo depende del cumplimiento de diversos requisitos de tipo procesal. Los cuales:

1.- Trámite procesal específico. - A tenor del art. 92.6 Código Civil de España, se deberá “recabar información del Ministerio Fiscal” (el Ministerio Fiscal es el ministerio Público de España). Ciertamente este requisito supone la intervención del ministerio fiscal, y su informe siempre que en el procedimiento aparezca un menor.

Al contrario de lo que ocurre cuando la custodia compartida es propuesta únicamente por uno de los progenitores, la norma no dice que este informe tenga que ser necesariamente favorable, aunque siempre le quedará la posibilidad de recurrir la sentencia o auto.

El momento procesal para recabar el informe del ministerio fiscal será tras la ratificación a presencia judicial en el convenio por parte de los progenitores previsto en el art. 777.4 y 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Ocurrido esto, se dará traslado al ministerio fiscal (equivale a la Defensoría del Pueblo o Procuraduría General de la Nación de Colombia) para que informe, y en ese momento podrá solicitar la prueba que estima pertinente: la exploración del menor, dictamen de especialistas, testificales. Estas mismas pruebas la pueden haber ofrecido ya los demandantes en la demanda y haberse adoptado de oficio.

2.- Control judicial de los acuerdos contenidos en el convenio regulador. En cualquier caso, el acuerdo sobre custodia compartida al que lleguen los progenitores en el convenio regulador no es vinculante para el juez. La autoridad judicial debe resolver si la custodia compartida que se estipule pudiera resultar o no perjudicial para los hijos. A estos efectos, el art. 90 del Código Civil de España prevé que “los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (Código Civil de España, art. 90).

Por tanto, en relación con la normativa sustantiva y procesal, se concluye que al juez, ante un procedimiento de mutuo acuerdo, le está vedado adoptar de oficio la guarda y custodia compartida; pero una vez pactada de mutuo acuerdo, no le está prohibido señalar sus términos en la forma que estime oportuna, o incluso determinar la guarda exclusiva, siempre que sea más beneficioso para el menor. Deberá atribuir la guarda a quien considere más apto.

En estos casos puede darse la paradoja de que, ante la no aprobación u homologación del convenio por parte del juez, siempre existirá la posibilidad de que los progenitores no propongan otra medida y pongan en práctica su propio acuerdo, obviando los términos de la resolución judicial.

b) A solicitud de uno de los progenitores. De acuerdo con lo establecido en el art. 92.8 del Código Civil de España, el Juez puede acordar la custodia compartida si es solicitada por uno de los progenitores. Para lo cual deberá:

- Ser solicitada por una de las partes, lo que solo podrá producirse normalmente en la tramitación del procedimiento contencioso del art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) o de medidas provisionales previas (art. 771 LEC) o coetáneas (art. 773 LEC).

- Recabarse el informe favorable del ministerio fiscal. El momento procesal idóneo para emitir este informe será al contestar a la demanda o en las conclusiones finales en el acto de la vista de la comparecencia de las medidas provisionales previas (art. 771 LEC) o coetáneas (art. 773 LEC) o del juicio verbal del procedimiento especial de familia (art. 770 en relación con el art. 443 LEC). No se trata de que se requiera que el fiscal emita informe, sino que además ha de ser favorable. Resulta evidente que tal necesidad limita la facultad decisoria del juez, con el agravante de que tal requisito no es necesario cuando el juez decreta la custodia en exclusiva.

c) Elementos comunes para ambos casos. Trámites procesales comunes:

- Oír a los menores afectados que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario, de oficio o a petición del ministerio fiscal o el equipo técnico judicial o del propio menor (art. 92.6 Código Civil de España). Procesalmente, esta audiencia se practicará a través de la “diligencia de exploración”.

- Valorar las alegaciones vertidas por las partes en la comparecencia y la prueba practicada (art. 92.6 Código Civil de España). En los supuestos de mutuo acuerdo, en realidad no existe ni comparecencia ni alegaciones. Forzando la literalidad de la norma, podría identificarse esta “comparecencia” con el acto de ratificación en el convenio. Debe entenderse, por tanto, que cuando los progenitores comparezcan ante el Juzgado para ratificarse en el convenio regulador, su actuación no debe reducirse a un declarar un “sí”; sino que, ante la presencia judicial y del ministerio fiscal, deberá indagarse sobre los términos de la custodia compartida pactada, así como sobre el rigor y la seriedad del acuerdo; si realmente están dispuestos a asumir y aceptar lo que conlleva, en evitación de futuros problemas y malentendidos en el desenvolvimiento del mismo.

- El Juez podrá recabar, de oficio o a instancia de parte, el informe de especialistas para que acrediten la utilidad o no del contenido del acuerdo relativo a la custodia compartida (art. 92.9 Código Civil de España).

Circunstancias que excluyen la custodia compartida. Al tenor del art. 92.7 Código Civil de España, no procederá la custodia compartida:

- Cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual (*orientación sexual*) del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos.

- Cuando el juez advierta que existen indicios fundados de violencia doméstica.

2.2.4 Custodia compartida. El art. 92 del Código Civil de España, modificado por la Ley 15 de 2005, permite la custodia compartida en este país. El punto de partida del juez a la hora de señalar la custodia de los menores va a ser la búsqueda de una situación que le permita su mayor bienestar físico y emocional, o por lo menos, la menos mala de las posibles. Para tratar de encontrarla, los instrumentos probatorios básicos para la valoración de las circunstancias personales y materiales serían: (a) los informes de los especialistas y (b) la exploración del menor.

Por una parte, debe asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia, quienes, por su formación, están en mejores condiciones de determinar en cada caso concreto cuál de ambos progenitores debe ser el que asuma la custodia de los menores. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la opinión del menor, muy especialmente cuanto mayor grado de madurez tenga.

A partir de su admisión y estimación, las modalidades posibles de este régimen pueden ser muy variadas, en función de las circunstancias de cada caso en concreto. En realidad, las modalidades son ilimitadas, ya que las circunstancias de los interesados pueden prestarse a todo tipo de combinaciones. Factores como el horario laboral de los padres, la distancia geográfica entre sus domicilios, sus recursos económicos, el número de hijos y su horario escolar, etc. serán decisivos para optar por una u otra fórmula de custodia compartida. E incluso esa fórmula no tiene por qué ser definitiva, ya que las circunstancias mencionadas pueden cambiar. En definitiva, los sistemas de custodia compartida en España tienen que ser todo lo elásticos que requieran el interés de los hijos y las circunstancias de los padres.

Así mismo, salvo que los periodos de alternancia sean muy breves (días, semanas), el establecimiento de la custodia compartida no elimina la fijación de un régimen de visitas para los progenitores en aquellos períodos en que el niño no se encuentre a su cargo. Normalmente, si la alternancia es por meses, se fija en los fines de semana y/o días entre semana; si la alternancia es semestral o anual, se suele señalar además períodos de visita durante los meses de vacaciones.

La atribución de la custodia en exclusiva a uno de los progenitores junto con un amplio derecho de visitas al otro es un sistema que en la práctica se asemeja al de la custodia compartida y que suele ser empleado por aquellos jueces reticentes al reconocimiento de esta figura. Significa otorgar nominalmente la custodia en exclusiva de los hijos menores a uno de los progenitores, mientras que al otro se le concede un derecho de visitas tan amplio que deriva en una relación de convivencia casi idéntica con uno y otro progenitor. Hasta la Reforma 2005 (Ley 15/2005), era la solución más generalizada en la jurisprudencia española una vez formalizada la ruptura.

3. COMPARATIVO SOBRE LA CUSTODIA ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

En este apartado se presenta un cuadro con los principales conceptos que se han analizado de la institución de la custodia para Colombia y España en esta monografía, en el que se han consignado nociones breves, que no pretenden ser incuestionables, toda vez, que como se pudo comprobar en la búsqueda y consulta bibliográfica, se encuentran una disparidad terminológica cuando tal concepto no ha sido definido previamente por el legislador.

Cuadro 1. Comparativo entre Colombia y España – Custodia del menor

CONCEPTO	COLOMBIA	ESPAÑA
Familia	C.N. Art. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.	C.E. art. 39: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
Denominación de los menores	Niños, niñas o adolescentes	Menor de edad Niño / niña
Codificaciones sobre el menor	Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia	Ley Orgánica 1/96 Protección Jurídica del Menor
Normativa sustancial	Código Civil Ley 15 de 1887	Código Civil Real Decreto de 24 de julio de 1889
Normativa procesal	Código de Procedimiento Civil Decreto 1400 de 1970 Código General del Proceso Ley 1564 de 2012	Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000

CONCEPTO	COLOMBIA	ESPAÑA
Sujetos titulares de derechos	Personas menores 18 años de edad Art. 3º, Ley 1098/06	Menores de 18 años Art. 1º, Ley Orgánica 1/96
Derechos de los niños adoptados por el Estado	Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada mediante ley 12 de 1991.	Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada mediante Documento BOE-A-1990-31312.
	El niño es para la Convención un sujeto en desarrollo, un sujeto no solo de derechos pasivos destinado a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos que le permiten la libertad de conciencia, de pensamiento, de religión, de expresión e información, de asociación y reunión, y el derecho de participación	
Interés superior del menor	En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3, Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989)	
El Interés superior del menor está consagrado en la normatividad	Art. 93, C.N. Art. 8º, Ley 1098 de 2006	Art. 39, C.E. Art. 2º, Ley Orgánica 1/96
Derechos fundamentales de los niños	C.N. Art. 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.	C.E. Art. 10. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

CONCEPTO	COLOMBIA	ESPAÑA
		Art. 39. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.
Derecho a tener una familia	Art. 44, C.N. Art. 22, Ley 1098 de 2006	Art. 39.3, C.E. Art. 11.2, Ley Orgánica 1/96
Derecho a no ser separado de la familia	Art. 44, C.N. Art. 22, Ley 1098 de 2006	Art. 9, Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada mediante Documento BOE-A-1990-31312.
Derecho a ser escuchado	Art. 25, en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta. Ley 1098/06	Art 9. Derecho a ser oído. 1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Ley Orgánica 1/96
Patria Potestad concebida como derecho-deber	Art. 288, C.C. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su	El Código Civil no la define; sin embargo, la patria potestad viene siendo considerada desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia española.

CONCEPTO	COLOMBIA	ESPAÑA
	<p>calidad les impone.</p> <p>Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.</p>	<p>Art. 154, C.C. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.</p> <p>Se ejerce hasta que el hijo cumpla la mayoría de edad o sea casado.</p>
Privación de la patria potestad	<p>Por maltrato del hijo.</p> <p>Por haber abandonado al hijo.</p> <p>Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.</p> <p>Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.</p>	<p>En caso de condena penal, relacionada con el abandono, el maltrato o los abusos sexuales. También en los casos en que la filiación haya sido determinada judicialmente con la oposición del padre.</p>
Custodia y cuidado del menor	<p>Art. 23, Ley 1098 de 2006</p> <p>Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.</p> <p>La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.</p>	<p>Aunque no existe un concepto legal de guarda y custodia, el Tribunal Superior la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía.</p>
Características de la patria potestad	<p>Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.</p> <p>Es personal e intransmisible</p>	<p>Es irrenunciable,</p> <p>Es intransmisible,</p> <p>Es imprescriptible.</p>

CONCEPTO	COLOMBIA	ESPAÑA
	<p>porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio. Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres.</p>	
Obligaciones de los padres	<p>Art. 253 C.C. Crianza, cuidado, educación y corregir</p> <p>Obligaciones que corresponde solidariamente a ambos padres, o al padre o madre sobreviviente, y que en caso de imposibilidad física o moral de ambos padres o del sobreviviente, el juez, con conocimiento de causa, podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas competentes</p>	<p>Art. 39, C.E. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.</p> <p>Art. 173, C.C. Velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.</p> <p>Corresponde a ambos padres.</p>
Fijación de la custodia	<ul style="list-style-type: none"> • Conciliación • Proceso administrativo de restablecimiento de derechos • Proceso verbal sumario ante juez de familia 	<ul style="list-style-type: none"> • Mediación • Trámite de juicio verbal
Atribución de la custodia tras la ruptura	<ul style="list-style-type: none"> - A uno de los progenitores, de manera individual y exclusiva; - A ambos progenitores, de forma compartida; - Cuidado de los hijos por terceros. 	<ul style="list-style-type: none"> - A uno de los progenitores, de manera individual y exclusiva; o bien - A ambos progenitores, de forma compartida y alterna.

CONCEPTO	COLOMBIA	ESPAÑA
Custodia compartida	Si, en algunos casos Actualmente no existe una ley que la garantice	Si Ley 15 de 2005, que modificó art. 92 del C.C.
Clases de custodia compartida	No existe una categorización de la custodia compartida	Doctrinalmente: En sentido estricto En sentido amplio En sentido amplísimo
Régimen de visitas en la custodia compartida	Art. 256. Visitas. Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes.	Procede en la custodia compartida cuando los períodos de alternancia son amplios.
No procede la custodia compartida	Sin perjuicio de las causales previstas para pérdida de la patria potestad, mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella. En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por mala conducta hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado, a menos que ésta haya sido después revocada.	Cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Fuente: Los Autores.

4. CONCLUSIONES

En la relación de los derechos fundamentales de los niños consagrados en la Constitución Política de Colombia, artículo 44, se establece específicamente el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella, así como el derecho a recibir amor y cuidado, normatividad que viene a ser desarrollada por el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia cuando establece que todo niño tiene derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Tales reglas normativas pueden reconocerse implícitamente incluidas en el artículo 42 de la Constitución Política, cuando señala que los padres deberán sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos.

La disputa por la custodia de los niños, niñas y adolescentes se da ante supuestos jurídicos como: el proceso de divorcio, la separación de cuerpos, la nulidad del matrimonio o la terminación de una unión marital de hecho. En términos generales, se puede decir que ante estos hechos la familia se enfrenta a una situación que, en un primer momento, representa una ruptura con respecto a la permanencia física y espiritual de uno de los padres; y en segundo lugar, implica grandes conflictos de tipo jurídico y psicosocial para establecer y mantener los vínculos filio-parentales. Y aquí se ubican los procesos por la patria potestad, la custodia, el régimen de visitas, etc.

En Colombia no es lo mismo la patria potestad a la custodia y cuidado personal de un niño niña o adolescente, toda vez que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres legítimos, extra matrimoniales o adoptivos y se podrá extender a una tercera persona y la patria potestad hace referencia al usufructo de los bienes administración de esos

bienes, y poder de representación judicial y extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y que solo el Juez de Familia podrá disponer en un tercero.

A la hora de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse la custodia del hijo, se debe tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en el interés superior del menor.

Actualmente, en legislaciones como la colombiana, se establece el principio de la responsabilidad parental como complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. En efecto, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 o Ley de Infancia y Adolescencia de Colombia, se consagra el principio que “incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y de la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

La Constitución Política de Colombia, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Infancia y Adolescencia, señalan que el cuidado de los hijos debe ser compartido entre ambos padres. Se podría pensar, en consecuencia, que no debería existir la necesidad, como en España de crear una normatividad para aplicar desde la justicia ordinaria la custodia compartida, debido a que existe un marco legislativo que establece la igualdad de derechos y deberes de ambos padres (artículo 160 del Código Civil). Pero es claro que se está ante un problema de discriminación de género, que se manifiesta en la práctica judicial dentro de la jurisdicción de familia, pues, en un marco normativo que tiene como base el reconocimiento y las garantías de los derechos humanos y que, para el caso de la custodia de los niños y niñas hace obligatorio e irrenunciable otorgar el cuidado a ambos padres, extendiéndose incluso en determinados casos a terceros, los derechos de ambos padres no cesan con el divorcio o separación de cuerpos; sin embargo, usualmente es a la madre a quien se encarga de ejercer la

custodia en los casos de ruptura conyugal. Esta contradicción entre el marco normativo y la práctica judicial puede ser producto de prácticas culturales discriminatorias.

Los mandatos constitucionales y legales consagran el derecho inalienable de los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores excepto cuando uno de sus padres le ocasione daño físico o moral, por lo anterior, algunos movimientos de padres separados, como en el caso de Colombia, han gestionado proyectos de ley con el propósito de garantizarles a los hombres el derecho a seguir siendo padres tras la separación, y que los hijos tengan la oportunidad de contar con ambos progenitores, y que no sea a través del régimen de visitas el único medio legal para contactarse con los niños, ya que en algunos casos este puede ser tedioso, toda vez que puede estar influenciado por las observaciones negativas del cónyuge que tiene la custodia respecto del otro, lo que involucra al menor en el conflicto de los adultos. Al decidir una custodia compartida significa que ambos padres mantendrán iguales obligaciones y derechos sobre la educación y el bienestar general de los hijos.

En España las reglas sobre guarda y custodia compartida gira en torno a que el problema más importante que presentan las rupturas de la convivencia, cuando hay hijos comunes, es precisamente el de organizar la situación de tales hijos, y sus relaciones con ambos progenitores, de manera que se minimicen en la medida de lo posible los efectos perjudiciales de dicha ruptura en relación con ellos.

Las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y

número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padre y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres.

La tenencia del hijo, referida a un aspecto meramente material o fáctico, implica la proximidad física, razón por la cual respecto de los padres ha de entenderse como el deber de tener a sus hijos en su compañía, es el deber de convivencia o unidad de domicilio, a través del cual se satisfacen los deberes de cuidado y vigilancia, y se abarca igualmente todo aquello vinculado con la asistencia material del menor.

Ese poder de los padres de tener a los hijos consigo, que se traduce en la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar, permite el deber de educación que preside las relaciones de padres e hijos, la facultad de direccionamiento del hijo que se compone de elementos educativos y de vigilancia, consistentes en preparar y guiar al hijo durante el progresivo contacto con el medio social, a través de la elección de las amistades, de los círculos personales, del cuidado de su salud, de la formación de hábitos y disciplina. Por ello se ha dicho con razón que al asignar tales responsabilidades a los padres, la ley reconoce la autoridad de estos para ejercer el control sobre las elecciones diarias de sus hijos, direccionamiento que debe ir acompañado del poder de corrección.

La custodia compartida puede o no ir acompañada de la residencia física de los hijos por períodos de tiempo en los hogares de cada uno de los padres. Este tipo de custodia física compartida tiene ventajas e inconvenientes para los hijos.

Las ventajas están dadas por permitir a los hijos un mayor tiempo de convivencia con ambos padres, los que a su vez podrán involucrarse más en la crianza y educación de sus hijos, al disponer de más oportunidades regulares de interacción padres-hijos (de lo contrario estas quedan con frecuencia reducidas a fines de semana, quincenales).

Los inconvenientes se producen al tener cada cierto tiempo que cambiarse de casa, de barrio, de amigos y de oportunidades, interrumpir actividades extraescolares o aún de colegio, todo lo cual puede conjurarse contra la necesaria estabilidad psicosocial de los hijos.

Finalmente, se concluye que España con su experiencia de más de 10 años en el tema de custodia compartida puede enriquecer al legislador nacional, atendiendo qué no existe ninguna “fórmula mágica” para conceder la custodia compartida y menos, una “regla universal” que el juez pueda utilizar para todo caso; es más su discrecionalidad y la voluntad de los progenitores las que permitirán tomar la mejor decisión que beneficie los intereses del menor. Cualquiera sea el tipo de custodia o el régimen de visitas que se halla establecido nunca será excesivo reiterar que la variable más decisiva en el bienestar de los hijos es la capacidad que mantengan los padres de llegar a acuerdos y de negociar sin agresividad ni hostilidad. Recordando que el rol parental les exigirá continuar poniéndose de acuerdo por mucho tiempo sobre los múltiples asuntos inherentes al cuidado y protección de los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

Alascio Carrasco, Laura y Marín García, Ignacio. (2007). Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 C.C. Recuperado de la página http://www.indret.com/pdf/454_es.pdf, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Álvarez Pertuz, Alicia. (2011). Constitucionalización del derecho de familia. En: Jurídicas CCC No., vol. 1, 2011, pp. 27-52. Recuperado de la página <http://www.leyex.info/magazines/2752juridicascuc7.pdf>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Audiencia Provincial de Alicante. (2004). SAP A 3023/2004, sección 6ª, rollo de apelación No. 273/2004, juzgado de primera instancia num. 2 de Benidorm, sentencia No. 720/04, 29 de diciembre de 2004. Recuperado de la página <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=1578518&links=custodia&optimize=20050303&publicinterface=true>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Audiencia Provincial de Barcelona. (2006). SAP B 11983/2006, sección doce, rollo No. 217/2006 R, juicio divorcio No. 380/2004. Juzgado de Primera Instancia No. 1 de Santa Coloma de Gramanet. Sentencia No. 696/06. Recuperado de la página <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=490739&links=custodia&optimize=20070614&publicinterface=true>, fecha de consulta; septiembre 30 de 2014.

Audiencia Provincial de Barcelona. (2007). Sección Décimosegunda. Rollo No. 7742006 R, separación No. 193-2005, juzgado de primera instancia No. 45 de Barcelona, sentencia No. 181/07, 9 de marzo de 2007. Recuperado de la

página

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=AN&reference=511365&links=custodia%20compartida&optimize=20070517&publicinterface=true>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Audiencia Provincial de Oviedo. (2006). SAP O 2184/2006. Audiencia provincial Sección No. 5, sentencia 00294/2006, rollo: recurso de apelación (LECN) 0000315/2006. Recuperado de la página <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=AN&reference=692146&links=custodia&optimize=20061109&publicinterface=true>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Audiencia Provincial de Toledo. (2005). SAO TO 87/2005. Sección primera. Rollo No. 236/04, J. separación contenciosa No. 543/03, sentencia No. 28, 2 de febrero de 2005. Recuperado de la página <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=AN&reference=1590942&links=custodia&optimize=20050303&publicinterface=true>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Bidart Campos, Germán. (1996). El derecho de familia desde el derecho constitucional. En: El derecho constitucional humanitario. Buenos Aires, Editorial Ediar.

Cabanellas, Guillermo. (1981) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. 23ª ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Castillejo Manzanares, Raquel. (2007). Guarda y custodia de hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Madrid: La Ley.

Colombia. (2013). Código Civil. Bogotá: Editorial Leyer.

Colombia. (2013). Constitución Política. Bogotá: Editorial Legis.

Congreso de la República. (1936). Acto Legislativo 01. art. 14. (05, agosto, 1936).
Diario Oficial, Bogotá D.C., No. 23.263.

Congreso de la República. (2001). Ley 640 de 2001, por la cual se modifican
normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones, art. 35.
Diario Oficial, Bogotá, D.C., No. 44303.

Congreso de la República. (2006). Ley 1098 (8, noviembre, 2006), por la cual se
expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Recuperado de la página
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html,
fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Congreso de la República. (2009). Ley 1306 (05, junio, 2009). Por la cual se dictan
normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se
establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces
Emancipados. Diario Oficial, Bogotá, D.C., No. 47.371.

Congreso de la República. (2012). Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se
expide el Código General del proceso y se dictan otras disposiciones, art.
590 parágrafo 1o. Diario Oficial. Bogotá, D.C. No. 48489.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-179 de 1995, M.P. Henry Fernando
Latorre Silva.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-408 de 1995, M.P. Alejandro Martínez
Caballero.

Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-808 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-540 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-768 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

D' Antonio, Daniel Hugo. (1986). Derecho de menores. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Echeverría Guevara, Karen Lisette. (2012). La guarda y custodia compartida de los hijos. Granada, España, 2012, 388 p. Trabajo de grado (Doctorado Problemática Actual del Derecho de Familia). Universidad de Granada. Departamento de Derecho Civil.

Equiza Juango, Beatriz. (2014). Dificultades derivadas de la implementación práctica del régimen de visitas con los hijos. Recuperado de la página <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10145/TFM-Beatriz%20Equiza.pdf?sequence=1>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

España. (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Recuperado de la página <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

España. (1989). Documento BOE-A-1990-31312. Instrumento de ratificación de la convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Recuperado de la página <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>, fecha de consulta: octubre 2 de 2014.

España. (1996). Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recuperado de la página <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>, fecha de consulta: octubre 2 de 2014.

España. (2005). Ley 15 de 2005, exposición de motivos. Recuperado de la página http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_15_2_192005_es.htm, fecha de consulta: octubre 2 de 2014.

España. (2014). Cooperación jurídica internacional. Recuperado de la página http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198006361/Detalle.html, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Fleitas Ortiz De Rozas, Abel y Roveda, Eduardo G. (2004). Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (1990). Derechos de niñas y niños. Recuperado de la página <http://www.unicef.com.co/derechos-de-ninas-y-ninos/>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2014). Convención sobre los derechos del niño. Versión adaptada para jóvenes. Recuperado de la

página [www.unicef.org/lac/CDN_version_para_jovenes\(2\).pdf](http://www.unicef.org/lac/CDN_version_para_jovenes(2).pdf), fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

García Pastor, Milagros. (1997). La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales. Madrid: McGraw Hill.

García Rubio y Otero Crespo. (2006). 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 2006).

García Sarmiento, Eduardo. (1999). Elementos de derecho de familia. Bogotá: Editorial Facultad de Derecho.

Guilarte Martín Calero, Cristina. (2005). Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil. En: comentarios a la Reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio). Lex Nova.

Guilarte Martín-Calero. (2008). La custodia compartida alternativa: un estudio doctrina y jurisprudencial. InDret, 2/2008 (abril).

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2007). Documento ICBF No. LM11.PN13, mayo 7 de 2007, Lineamientos Técnicos proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Recuperado de la página <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Contratacion1/Procedimiento%20de%20Restablecimiento%20de%20derechos%2025%2002%2007definitivo.doc>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2012). Concepto No. 095 del 20 de junio de 2012. Recuperado de la página

http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000095_2012.htm, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2013). Concepto No. 78 del 25 de junio de 2013. Recuperado de la página http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000078_2013.htm, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2014). Concepto No. 42 del 31 de marzo de 2014. Recuperado de la página http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000042_2014.htm, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

La Cuarta. (2014). Todo lo que tienes que saber sobre la ley Amor de Papá. Recuperado de la página <http://www.lacuarta.com/noticias/cronica/2013/06/63-155877-9-todo-lo-que-tienes-que-saber-sobre-la-ley-amor-de-papa.shtml>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Lacruz Berdejo, José Luis. (1997). Derecho de Familia. 4ª ed. Barcelona: José María Bosch Editor.

Loredo Abdalá, Arturo. (2004). Maltrato en niños y adolescentes. México: Editores de Textos Mexicanos.

Me Quiero Ir.Com. (2014). División político-territorial España. Recuperado de la página <http://www.mequieroir.com/paises/espana/emigrar/descripcion/division/>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Medina Pabón, Juan Enrique. (2011). Derecho Civil. Derecho de Familia. 3ª ed. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (2007). Derecho de familia y de menores. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (2009). Derecho de familia, infancia y adolescencia. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Morales Ortega, Helena y Castillo Bolaño, Jennifer. (2011). La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho. En: Justicia, No. 20, diciembre 2011, pp. 56-70. Recuperado de <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia/article/viewFile/163/160>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Naranjo Ochoa, Fabio. (2006). Derecho civil: personas y familia. 11ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de la página <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Organización de las Naciones Unidas. (1959). Declaración de los Derechos del Niño. Recuperado de la página <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386%20%28XIV%29>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Ortiz Ahlf, Loretta. (2014). La protección internacional del individuo. Recuperado de la página:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr5.pdf>,
fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Ortiz, María Dolores. (2009). Patria potestad, guarda y custodia compartida. Recuperado de la página <http://padresdivorciados.blogspot.com/2009/06/patria-potestad-guarda-y-custodia.html>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Parra Benítez, Jorge. (2014). Código de la Infancia frente a código del Menor en materia de alimentos, custodia y adopción. Recuperado de la página <https://sites.google.com/site/juecesyfiscalesbucaramanga2/alimentoscustodiayadopcion>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Pérez Ureña, Antonio Alberto. (2005). El interés del menor y la custodia compartida. En: revista de Derecho de Familia, No. 26.

Pérez Villar, Aparicio. (2007). Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida. Themis, Asociación de Mujeres Juristas.

Pinilla Pineda, Álvaro. (2005). La custodia de los hijos: una mirada legal y jurisprudencial. Bogotá: ICBF.

Pinto Andrade, Cristóbal. (2009). La custodia compartida. Barcelona: Bosch.

Placido, Alex. (2014). Infancia y adolescencia: de objeto de tutela a sujeto de derecho con capacidad progresiva para ejercer derechos fundamentales. Recuperado de la página <http://blog.pucp.edu.pe/item/27205/infancia-y-adolescencia-de-objeto-de-tutela-a-sujeto-de-derecho-con-capacidad-progresiva-para-ejercer-derechos-fundamentales>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

- Poder Judicial España. (2014). Audiencia provincial. Recuperado de la página <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Andalucia--Ceuta-y-Melilla/Organos-judiciales/Organos-judiciales-en-Andalucia/Audiencia-Provincial/Audiencias-Provinciales-y-Tribunal-del-Jurado>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.
- Pradilla Rivera, Silvia Juliana. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. En: Estad. Socio. Jurad., No. 12, vol. 1, enero-junio de 2011, p. 329-348. Recuperado de la página <http://www.redalyc.org/pdf/733/73318918011.pdf>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.
- Ramírez, Jhon Eisenhower. (2006). El cuidado personal de la custodia compartida. En. Custodia compartida – Coloquio. Cali. Universidad Icesi.
- Ravetllat Ballesté, Isaac. (2014). ¿Hay una única infancia? La construcción de ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de la página http://www.atodavoz.org/congreso/precongreso_barcelona/docs/introisaac.pdf, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.
- Rivero Hernández, Francisco. (2007). El interés del menor. Madrid: Editorial Dykinson.
- Ros, Elia; Domingo, Arantza y Beltrán, Olga. (2014). Síndrome de alienación parental (SAP) en procesos de separación. Recuperado de la página <http://www.uji.es/bin/publ/edicions/jfi11/3.pdf>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Rouvillois, Frédéric. (2010). Les déclarations des droits del l'homme (París, Champú classiques, Flammarion, 2009). En: Revista de Estudios histórico-jurídicos. No. 32, Valparaíso, 2010. Recuperado de la página http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552010000100067&script=sci_arttext, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Salanova Villanueva, Marta. (1995).El derecho del menor a no ser separado de sus padres. En: Derecho privado y Constitución, No. 7, septiembre-diciembre, 1995. p. 239. Recuperado de la página http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Publicaciones_Periodicas/DPC/07/DPC_007_231.pdf, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Salazar Sarmiento, Eunice. (2012). Código de la infancia y la adolescencia. art. 37. – Anotado. 23ª ed. Bogotá: Editorial Leyer.

Saldarriaga Ángel, Alejandra y Gómez Ramírez, Juan Fernando. (2014). Los derechos de los padres y los deberes de los hijos. Recuperado de la página http://www.scp.com.co/precop/precop_files/ano11/11_2_3_cont.pdf, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Suárez Franco, Roberto. (1990). Derecho de familia. Derecho matrimonial. Bogotá: Editorial Temis.

Tomé Campuzano, Herminia. (2004). La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales. En Aranzadi Civil, No. 3.

Unilibre Barranquilla. (2014). Corte Constitucional, sujetos de especial protección en la Constitución Política. Recuperado de la página

<http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/html/index2.html>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Unión Europea. (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE 18.12.2000). Recuperado de la página http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, fecha de consulta: octubre 2 de 2014.

Valencia Zea, Arturo. (1995). Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Temis.

Velloso Jiménez, Luisa. (2014). La regulación de la familia en la Constitución de 1978 y su protección internacional. Recuperado de la página dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/813971.pdf, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

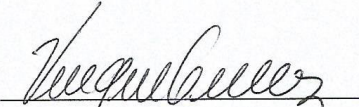
Von Boch-Galhau, Wilfrid. (2014). Síndrome de alienación parental (PAS) influencia de la separación y el divorcio sobre la vida adulta de los hijos. Recuperado de la página www.afamse.org.ar/Boletin_Nro_1_formato_de_lectura.pdf, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

Ynchausti Pérez, Celia y García Martínez, Dolys. (2014). Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal. Recuperado de la página <http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ypgm.html>, fecha de consulta: septiembre 30 de 2014.

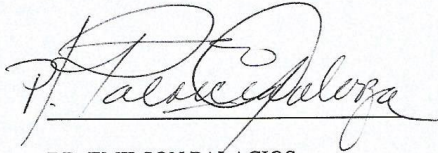
Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. (2007). Derecho de familia y persona. Tomo 6: efectos y medidas comunes a la separación, el divorcio y la nulidad. Barcelona: Bosh.

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

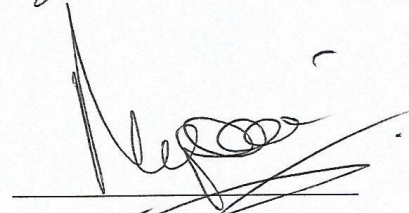
De conformidad con la NTC (Norma Técnica Colombiana) 1486, esta página contiene las firmas de quienes participaron en la revisión, sustentación y aprobación del trabajo de grado y hace parte del cuerpo de la Monografía, pero no tiene ningún efecto académico, ni reemplaza la resolución aprobatoria de trabajo de grado.



DRA. VIRGINIA GUTIÉRREZ VALENCIA



DR. EMILSON PALACIOS



DR. WILHEMAN MURIEL

Santiago de Cali, 08 de septiembre 2015