

Helena Morales Ortega**
Jennifer Castillo Bolaño***

La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho*

The joint custody parental: an analysis from the perspective of gender and law

Recibido: 30 de agosto de 2011 / Aceptado: 1 de diciembre de 2011

Palabras clave:

Separación, Divorcio de los padres,
Custodia parental,
Custodia compartida.

Resumen

En este artículo de reflexión se realiza un análisis del tema de la custodia compartida desde una perspectiva de género y de la doctrina de la protección integral, fundamentada en el interés superior del niño, niña y adolescente, tal como lo señalan importantes artículos de la Constitución Política de Colombia, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, así como la Ley de Infancia y Adolescencia, entre otros importantes instrumentos normativos. Bajo ese enfoque se analizará qué frecuentemente, ante una separación o divorcio de los padres, surgen un sinnúmero de preguntas, inquietudes y conflictos relacionados con los hijos, pues la separación de la pareja implica cambios importantes en la vida familiar. En Colombia es frecuente ver a niños, niñas y adolescentes envueltos en los conflictos de pareja de sus padres, especialmente cuando se ha producido una separación o divorcio y ambos padres han pretendido la custodia y cuidado personal de los hijos.

Key words:

Separation, Divorce of parents,
Parental custody, Joint custody.

Abstract

This reflection paper is an analysis of the issue from a perspective of gender and the doctrine of integral protection, based on the best interests of children and adolescents, as pointed out in important articles of the Colombia Constitution and of Convention on the Rights of Child and of the Law 1098 of 2006, among other important normative tools. Under this approach will be analyzed that often, with a separation or divorce of parents, come a host of questions, concerns and conflicts with the children, for the separation of the pair implies major changes in family life. In Colombia it is common to see children and adolescents involved in marital conflicts from their parents, especially when there has been a separation or divorce, and both parents have sought the custody and care of children.

* Este artículo es un resultado del proyecto de investigación "Aspectos socio-jurídicos y psicológicos de la separación de los padres y su impacto en niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Barranquilla (La necesidad de la custodia compartida)" realizado dentro del Grupo de Investigación Familia y Desarrollo Humano de la Universidad Simón Bolívar.

** Abogada, magister, y doctoranda en Criminología de la Universidad de Lausanne, Suiza; investigadora del Grupo de Investigación Familia y Desarrollo Humano de la Universidad Simón Bolívar. emorales@unisimonbolivar.edu.co

*** Abogada, Maestranda en Derecho de la Universidad del Norte, miembro del Grupo de Investigación Familia y Desarrollo Humano de la Universidad Simón Bolívar. jecas20@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Una de las razones que ha motivado este estudio, ha sido observar cómo en muchas ocasiones frente a la ruptura de la pareja ya sea por separación o divorcio, los hijos –menores de edad– son enfrentados al gravísimo dilema de tener que elegir entre su padre o su madre. Los niños, niñas y adolescentes además de sufrir la ruptura del hogar, se ven inmiscuidos sin responsabilidad alguna de su parte en una lucha que no es la suya. Muchas veces la hija o el hijo influenciado por el progenitor con el que está conviviendo en ese momento, manifiesta un rechazo por el otro padre, sin tener la oportunidad de valorar las circunstancias en su verdadera dimensión, esta situación muy típica y frecuente en los procesos de crisis matrimonial sin lugar a dudas atenta contra la integridad moral y la salud psicológica del hijo. También ocurre que el cónyuge que no tiene la custodia amparado en esa circunstancia se sustrae a sus deberes parentales negándole al hijo o hija tanto el afecto como los bienes materiales que le son necesarios para su normal y armónico desarrollo. En efecto, en muchos casos el progenitor alimentante acusa a aquel que tiene la custodia del niño o niña de no utilizar correctamente en beneficio de este o esta los dineros que para su manutención aporta, ya que no existe ningún control sobre dicha pensión por parte de las autoridades de protección de la infancia; por otro lado es también frecuente que el padre custodio acuse al otro de eludir o incumplir con su deber y responsabilidad de alimentar, educar y mantener a sus hijos, como si no tener la custodia significara un despojo de

la obligación que le asiste a los progenitores por igual frente a sus hijos (Quiroz, 2008).

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. Han llegado incluso a constituir fundaciones que ofrecen asesoría tanto legal como psicológica a los padres separados puntualizando que “El problema es la discriminación de género”, ya que la cultura y la ley colombiana siempre van a “favorecer” a las madres, sin tener en cuenta las razones y/o causas de la separación” (Soler, 2008).

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

La realidad del divorcio en Colombia y la custodia de los hijos

Sin lugar a dudas el problema de la custodia de los hijos después de la separación o divorcio de los padres, plantea una cuestión de derechos y no de cualquier derecho sino de derechos humanos: el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia donde el padre y la madre, aunque no vivan juntos, jueguen un rol impor-

tante y determinante en su vida, pues en muchas ocasiones por los conflictos de la pareja tras el divorcio se le coarta el derecho al niño o niña a seguir manteniendo vínculos estrechos y asiduos con uno de sus dos padres; es también una cuestión de derechos para ambos padres, pues ellos tienen el derecho tras el cese de la convivencia conjunta a seguir siéndolo plenamente y compartir sus responsabilidades, finalmente se trata del derecho a preservar los lazos familiares naturales de padres e hijos tras la ruptura de la convivencia conjunta o el matrimonio (García, 1994). En Colombia todas estas constataciones cobran una gran importancia ya que de acuerdo con informes que el notariado colombiano remite a la Superintendencia de Notariado y Registro las cifras de divorcio en el país son preocupantes¹.

Según la Superintendencia de Notariado y Registro se ha establecido que para el primer semestre de 2006 se realizaron 1.224 divorcios en 839 notarías a nivel nacional y entre los departamentos y ciudades que más participación obtuvieron se encuentran a Bogotá con 343, Antioquia con 190, Valle con 178, Santander con 96, Atlántico con 76, entre otros. Para el segundo semestre de 2006, se realizaron 2.167 divorcios, lo que arroja una variación superior a 943 divorcios con relación al semestre anterior. Dentro de los departamentos y ciudades que más participación obtuvieron se encuentra otra vez a Bogotá con 462, Antioquia con 425, Valle con 398, San-

tander con 103, Atlántico con 100, entre otros. Para un total de 3.391 divorcios reportados por los notarios del país. Para la vigencia de 2007, fueron reportados 8.304 divorcios lo que deja 4.913 divorcios más que el año anterior, con una tasa de crecimiento de 144,88%. Para el año 2009, se distanciaron 17.146 parejas. Según esta misma fuente en el año 2010, 13.346 parejas se separaron.

Según la misma fuente el 88% de los divorcios se concentraron en los 10 principales departamentos de Colombia, lo que deja solo un 12% para los 23 departamentos restantes. Se ha señalado cómo departamentos con tradición conservadora como Antioquia y Caldas lideraron en el año 2007 junto a Tolima y Bogotá D.C la lista de las zonas con más divorcios registrados en notarías.

Estos datos han prendido la alarma a nivel nacional. Siendo diciembre, el mes en el que más rupturas se presentaron y aunque las cifras revelan que los divorcios en el país han tenido una disminución del 28,5%, con una disminución de 3.800 en casos de divorcios en 2010 comparado con las cifras del año 2009, la situación continúa siendo preocupante, pues cada día más de 36 parejas rompen su matrimonio.

Según Marta Tovar (2011), psicóloga de parejas, son varias las razones por las que estas se divorcian en Colombia: "la sociedad, la cultura y el cambio de rol de la mujer, que en nuestros días tiene menor disposición para tolerar lo que aguantaron sus madres y sus abuelas. Además mayor poder de decisión, por su poder adquisitivo y educativo".

1. Las estadísticas solo se refieren a los casos de divorcio, ya que no existe en el país estadísticas de las separaciones de las uniones maritales de hecho.

Ahora bien, para Ricardo Álvarez (2011), doctor en Psicología Clínica, “las separaciones se están dando especialmente en parejas jóvenes o con pocos años de matrimonio, ya que por su falta de madurez desarrollan un sentido mínimo de compromiso con la vida matrimonial”.

El sociólogo de la Universidad Nacional de Bogotá, Fabián Sanabria aseguró en Caracol Radio que hoy día son más frágiles los vínculos humanos que hace unas décadas. Por su parte la consultora de pareja Chiquinquirá Blandón, directora de la Clínica del Amor aseguró que la infidelidad es la principal causa de consulta en su atención diaria. Hoy las parejas desisten muy pronto del matrimonio por el temor a enfrentar el compromiso. Ante la primera dificultad desisten olvidando que la unión de la pareja requiere de trabajo y comprensión diaria, a lo largo de la vida (Caracol Radio, 2007).

Otra explicación al alto crecimiento en el número de divorcios se ha atribuido a la facilidad con que estos pueden realizarse desde la entrada en vigencia de una ley que agiliza los trámites cuando la pareja esta de acuerdo, efectivamente a través del Decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005, el Gobierno reglamentó el Artículo 34 de la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dispuso que cuando exista acuerdo entre los cónyuges, el divorcio se puede hacer ante un notario, por intermedio de abogado, mediante escritura pública.

Ante la situación arriba mencionada resulta interesante analizar desde una perspectiva de género y teniendo en cuenta igualmente la doctrina de la protección integral referente a los niños, ni-

ñas y adolescentes el problema de la custodia de los hijos, tratando de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿La obligatoriedad de la custodia parental compartida reflejaría el derecho a la igualdad entre los hombres y las mujeres, tal como lo establece la Constitución colombiana?; ¿Estaría en consonancia la obligatoriedad de la custodia parental compartida con el derecho prevalente de los niños, niñas y adolescentes ante la separación o divorcio de sus padres?

Se trata de un estudio descriptivo, la problemática se ha abordado desde el enfoque cualitativo. Sabiendo que, la investigación cualitativa trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su estructura dinámica, aquella que da razón plena de su comportamiento y manifestaciones. De aquí, que lo cualitativo (que es el todo integrado) no se opone a lo cuantitativo (que es solo un aspecto), sino que lo implica e integra, especialmente donde sea importante.

La custodia parental y la patria potestad

La custodia es una figura derivada principalmente de la filiación y el parentesco y se refiere a la tenencia y cuidado personal de los hijos. Se diferencia de la patria potestad en que esta es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre los hijos y contempla la facultad de representarlos legalmente, administrar sus bienes, gozar de sus frutos y autorizar su desplazamiento dentro y fuera del país. El Artículo 288 del Código Civil –subrogado por el Artículo 19 de la Ley 75 de 1968–, define la patria potestad como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para fa-

cilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”, el Decreto 2820 de 1974 que otorga iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, en el Artículo 24 que modifica el inciso 2o. del Artículo 288 del Código Civil estableció que: “Corresponde a los padres conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro”. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

La familia –independientemente de la forma que ella tenga en cada uno de los grupos culturalmente diferenciados que habitan en el país–, es la primera llamada por la Carta Política a cumplir con la “obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; pero no todos los familiares del niño tienen los mismos deberes frente a él, ni son titulares de los mismos derechos. Los padres son, por el reconocimiento que hace el ordenamiento del vínculo consanguíneo que los une con el hijo, los titulares de la patria potestad y, por tanto, los primeros responsables por el debido cumplimiento de la obligación constitucional aludida, pues la patria potestad es una institución de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, y temporal –solo porque la emancipación del hijo de familia se presenta con la mayoría de edad, o antes de ella por la habilitación de edad, la muerte de los padres, etc.– (C. Const. Sentencia T-041 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

La Corte Constitucional ya en sentencia del año 1993 había expresado lo siguiente:

Los padres por el hecho de serlo, asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres, y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro. Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. No así la patria potestad, reservada a los padres. (C. Const. Sentencia T-500 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía).

La patria potestad son los derechos, deberes y facultades que por ley se les concede tanto al padre como a la madre sobre una persona menor de edad, sus bienes, la capacidad de representarlo legalmente. La ley también le confiere la patria potestad a terceras personas o instituciones como es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, teniendo como fin de que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean una realidad efectiva y real. Mientras que la custodia como se ha expresado al inicio de este punto es el cuidado o tenencia de los menores de edad a cargo de uno o ambos padres o progenitores, la custodia se relaciona con la tenencia física del niño, niña o adolescente, es decir, se relaciona con el poder de criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, costumbres, diariamente con los hijos e hijas (Monroy, 2008).

El Artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 introduce en la normatividad de infancia y adoles-

cencia la figura de la responsabilidad parental y establece que esta es “un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En Colombia en cuanto a la custodia de los menores de edad las normas han dispuesto lo siguiente:

Artículo 253 del Código Civil. “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos” o sea que por el derecho natural de ser los ascendientes directos, por el vínculo de consanguinidad, pero también los vínculos naturales y afectivos le corresponde en primer orden la custodia y cuidado personal a los padres. Sin embargo, en algunos casos el legislador estableció que se puede otorgar el cuidado personal de un niño, niña o adolescente a un tercero, al estipular que:

“Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, 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 legítimos” (Artículo 254 CC).

Este cuidado personal hace parte integral de

los derechos fundamentales del niño, consagrados en el Artículo 44 de la Constitución. Por tal razón, esta Sala sostiene que, en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos (C. Const. Sentencia No. T-500 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía).

Es bueno aclarar que para que el juez confíe la custodia a un tercero, debe intentarse la conciliación ante el Comisario de Familia o el Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con los padres del menor de edad, en el caso que estos no estén de acuerdo en ceder voluntariamente la custodia a terceras personas, legitimarán a los interesados a presentar la demanda de custodia y cuidado personal ante el Juez de Familia de la jurisdicción competente, a fin de que sea este el que determine si hay justa causa para fijar la custodia a un tercero, lo cual tendrá que ser fehacientemente demostrado en el curso del proceso, pues la ley presume la aptitud de los padres para tener el cuidado y custodia de sus hijos.

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).

El Artículo 255 del Código Civil ha dispuesto "Procedimiento. El juez procederá para todas estas resoluciones breve y sumariamente, oyendo a los parientes."

Para el caso de la convivencia separada, los padres pueden decidir, de común acuerdo, cuál de los dos ejerce la custodia o tenencia, y oficializarlo mediante conciliación ante un Defensor de Familia, Juez de Familia, Comisario de Familia, centro de conciliación u otras autoridades autorizadas por la ley. Cuando no hay acuerdo,

uno de los padres puede demandar ante el juez la custodia del hijo, buscando el bienestar del niño.

El Artículo 443 del Código de Procedimiento Civil Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 247. Dispone. "Contenido de la sentencia de nulidad. La sentencia que declare la nulidad del matrimonio, dispondrá: 1 La distribución de los hijos entre los padres, cuando no hubiere imposibilidad física o incompatibilidad moral para ello. Existiendo una u otra en ambos cónyuges, el juez confiará el cuidado personal de los hijos a otras personas, con sujeción a lo previsto en la ley sustancial.

El Artículo 444 del Código de Procedimiento Civil Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 248. Divorcio. Dispone que "En el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas:

1. Simultáneamente con la admisión de la demanda o antes, si hubiere urgencia, el juez podrá decretar las siguientes medidas:

(...)

b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero, según lo crea más conveniente para su protección;

4. El juez, en la sentencia que decrete el divorcio, decidirá:

a) Si el cuidado de los hijos corresponde a uno de los cónyuges, o a ambos, o a otra persona, atendiendo a su edad, sexo y la causa probada del divorcio;"

Cuando el cuidado se otorga solo a uno de los padres tiene el padre no custodia el derecho de

visita. Efectivamente dispone el Código Civil en el Artículo 256 “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”, permitiendo la norma la regulación de visitas al padre no custodio, y es el juez quien aprueba un régimen de visitas, por esta razón algunas personas plantean la necesidad de la obligatoriedad de la custodia compartida de los hijos en caso de separación de los padres, es decir, que esto no sea un asunto discrecional del juez, sino un asunto donde prime el interés superior del niño, niña o adolescente.

El Código de Infancia y Adolescencia es mucho más amplio y flexible que el Código Civil, y en relación con la custodia establece lo siguiente:

Artículo 23. “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”. Este es el caso de la custodia compartida, que es la que generalmente se da en el evento que el padre y la madre vivan juntos en el mismo hogar, dispone la norma que incluso esta obligación se extiende a quienes convivan con ellos en el ámbito familiar, social o institucional y no solo a los parientes consanguíneos más cercanos, este avance legislativo se debe al hecho de que la normatividad interna colombiana ha buscado equilibrarse a los postu-

lados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Artículo 82 señala en el inciso 8 que corresponde al Defensor de Familia: Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente y en su inciso 9 “Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño”,

El Artículo 86. Funciones del Comisario de Familia. Corresponde al Comisario de Familia:

“5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.”

La custodia compartida de los hijos: un asunto de igualdad de género y de prevalencia de derechos

Ha dicho el Instituto Colombiano de Bienestar familiar que “La custodia compartida es un acuerdo mediante el cual los hijos pasan parte de su tiempo con cada uno de los progenitores.

Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sostener visitas con el otro, hasta dividir el tiempo entre los padres, ya sea por semanas o por meses. Los jueces pueden determinar el ejercicio de la patria potestad y custodia entre los padres, dentro de un proceso

de separación o de divorcio o dentro de un proceso independiente de los anteriores. El criterio que debe orientar la decisión del juez, necesariamente tiene que ser el bienestar del menor de edad; no obstante, antes de disponer el ejercicio de la custodia compartida o el ejercicio de la misma por uno de los padres, el juez deberá investigar:

- Si los padres están comprometidos para asumir dicha responsabilidad, lo que implica superar los problemas personales.
- Si existe un grado de hostilidad y tensión que no sea pasajero.
- Si existe probabilidad de que se rompa el acuerdo.
- Si la profesión o actividad impide o permite el cumplimiento del acuerdo.
- Si la disponibilidad económica de los padres permite mantener la custodia compartida.
- Si la ubicación y distancia de los hogares afecta la educación del menor de edad” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, 2011).

El Artículo 444 del Código de Procedimiento Civil prevé que el juez, en los casos de separación o divorcio debe pronunciarse, entre otros asuntos, sobre la custodia de los hijos y del análisis de esta norma se puede afirmar que el funcionario cuenta con una amplia discreción para determinar o asignar la custodia de los hijos y en esta decisión debe obrar con prudencia y buen juicio. La pregunta que surge es ¿Cuál de los dos padres debe quedarse con la custodia de los hijos? Sin lugar a dudas esta es una pregunta nada fácil de responder; muy a la ligera pudie-

ra contestarse que la prioridad debe ser para la madre por todo lo que ella se supone representa desde el punto de vista afectivo y psicológico para el niño, la niña o adolescente y de hecho en la práctica judicial y administrativa existe la tendencia de priorizar en esta decisión a la madre. Sin embargo, hoy muchos hombres reclaman también su derecho a ser tenidos en cuenta como primera opción al momento de decidir el funcionario cuál de los dos padres debe tener la custodia o cuidado de los hijos.

Esto nos lleva a afirmar que el cuidado o custodia de los hijos se relaciona también con las cuestiones de género. Sí, tradicionalmente el cuidado de la familia, las labores domésticas y en especial la atención de los hijos ha sido tarea casi exclusiva de las mujeres, pero desde hace más de un siglo, el proceso de industrialización ha hecho necesario el ingreso progresivo de las mujeres al mercado laboral, las cuales han ido conquistando derechos y asumiendo roles que tradicionalmente estaban reservados a los hombres y aunque en términos generales esto significó para ellas el tener que asumir una doble responsabilidad como profesional y madre de familia, hoy vemos surgir una nueva generación de padres, –de hombres– que quieren pasar tiempo con sus hijos, contribuir con las tareas del hogar, han manifestado su deseo de atender personalmente las necesidades básicas de sus hijos.

Se trata de padres que en caso de separación o ruptura de la relación conyugal o de pareja quieren la custodia de los hijos o por lo menos la custodia compartida que les permita participar y

estar presentes en todas las etapas de sus hijos, en todas las actividades que estos desarrollan.

En Colombia estos padres agrupados en asociaciones² que agrupa también madres no custodias han dicho:

“Los padres ahora somos actores y no solamente espectadores suministradores de dinero, posición en la que habíamos sido colocados en ese ilógico reparto de roles que impusieron sociedades de antaño, sin tener en cuenta que también hacemos parte esencial de la familia. Estos nuevos padres somos los que cuando nos divorciamos de nuestras esposas o nos separamos de nuestras compañeras, pretendemos seguir ejerciendo nuestra paternidad, nuestra custodia compartida, como la tuvimos antes de separarnos, las 24 horas del día, los 365 días del año. Somos los que exigimos que se respete el derecho natural de nuestros hijos y nuestro derecho natural a seguir conviviendo juntos, aun cuando estemos separados de las madres de nuestros chiquitos. El lugar y el rol del padre es, como el de la madre, insustituible, por eso se lo reconoce como un sujeto importante para el desarrollo armonioso de los niños” (Fundación Padres por Siempre).

Este movimiento de padres y madres no custodio buscan que la custodia compartida de los hijos no sea exclusiva de matrimonios estables, sino que existe jurídicamente la institución de la “custodia compartida”, como sí la hay en otras

legislaciones como la norteamericana en países como Suecia, España, Bélgica, Francia, Inglaterra, Italia y la República Checa, en Latinoamérica en Brasil. Se busca pues que la custodia compartida en Colombia sea obligatoria en caso de los hogares separados y no se deje a la sola discreción del juez el entregar la custodia a la madre, o al padre o a los dos por separado, tal como lo dispone el numeral 4º del Artículo 444 del Código de Procedimiento Civil.

Esta 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 Congreso³. Se trataría pues, de hacer obligatorio para las parejas divorciadas o separadas alternar por períodos de tiempo iguales el cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Los argumentos a favor de la custodia compartida también plantean entre otras razones que la Constitución de 1991 en su Artículo 42 establece que “Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”, de tal manera dicen que interpretando esta disposición no se entiende por qué no se concede la custodia compartida al momento de decidir el funcionario al respecto; argumentan que este artículo se puede aplicar directamente sin que sea necesario que haya una ley que autorice la custodia, pues esta norma es clara en cuanto a

2. Como la “Fundación Padres por Siempre”.

3. Como el proyecto de Ley 249 de 2008 presentado por el senador Mauricio Jaramillo Martínez y los representantes a la Cámara Guillermo Antonio Santos Marín y Pedro Nelson Pardo Rodríguez.

establecer la igualdad de derechos y deberes de la pareja (Romeo, 2002).

La posición contraria a la custodia compartida, argumenta que para los niños no sería sano no permanecer con su madre regularmente y tener que vivir cada cierto tiempo con el padre. **Afirma que los niños y niñas necesitan un hogar estable, con normas claras, en donde haya coherencia en la manera de educarlos y disciplinarlos, a esto se puede contra argumentar diciendo que las normas claras pueden ser acordadas por la pareja e implica en algunos casos involucrar cuando sea necesario a la nueva pareja del cónyuge separado o divorciado para hacer que esas reglas se respeten.** También se puede argumentar que los estudios muestran que si el niño no ve constantemente a uno de sus padres, se genera un gran vacío en su vida, pues cada uno es un referente en cuanto a la adquisición de valores y actitudes. Hay que puntualizar al respecto y en contra de lo que tradicionalmente se ha considerado, que los estudios referidos a este aspecto muestran que la figura parental masculina puede ser igual de sensible y tener la misma aptitud para asumir el cuidado de los hijos que la figura materna.

Por otro lado se debe tener en cuenta que en Colombia, los niños, las niñas y los adolescentes por mandato constitucional son objeto de una protección especial. Efectivamente dispone el Artículo 44 de la Constitución Política del 1991, "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 separa-

dos 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.

Lo anterior ha sido ratificado igualmente por la Corte Constitucional al manifestar que "El niño, por la debilidad que le es característica y por la indefensión en que se encuentra, es sujeto de especial protección constitucional. Las autoridades públicas tienen la obligación de velar, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, porque los niños no sean objeto de la brutalidad de sus padres y deben evitar a toda costa que sean aquellos quienes sufran las consecuencias de los conflictos conyugales de estos, tanto en el campo físico como en el moral" (C. Const. Sentencia T-116 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Se debe subrayar, la particular mención que hace el Artículo 44 de la Constitución Política del derecho de los niños, niñas y adolescentes

a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, destacando cómo el amor es un derecho de protección constitucional, un bien protegido, que tienen los niños, las niñas y los adolescentes del país.

La prevalencia de los derechos de los niños en la Constitución de 1991, deriva del principio del interés superior, por este motivo se han creado procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, la adopción de medidas para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por ejemplo a nivel constitucional se protege el derecho de los niños a la unidad familiar, a nivel del derecho procesal civil se establece un procedimiento verbal y sumario para procesos de custodia y se implementan mecanismos alternativos para la solución de conflictos como es la conciliación en asuntos de familia.

Cabe mencionar que el Estado colombiano, mediante la Ley 12 de 1991 ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 y por esa razón se comprometió a “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley” (Artículo 3º, inciso 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Siendo la Convención norma directiva en asuntos que puedan afectar al niño, consideramos que todo funcionario que deba decidir en asuntos como la custodia parental debe tener

muy en cuenta lo dispuesto por esta norma internacional en los siguientes artículos:

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.”

Artículo 9.1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Artículo 9.3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Artículo 12.1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Artículo 12.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Las consideraciones arriba mencionadas llevan a plantear que la custodia de los hijos menores de edad es sin duda un asunto que concierne a ambos padres y se relaciona con el derecho que estos tienen a seguir siéndolo plenamente pese a la separación o ruptura de la pareja, pero es esencialmente un asunto que interesa al niño, cuyo interés superior debe ser la regla que guíe las actuaciones de los operadores jurídicos y sociales en asuntos de infancia y adolescencia, entendiendo por interés superior del niño, niña y adolescente, como “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 (Artículo 8 de Ley 1098 de 2006).

CONCLUSIONES

Algunos juristas en Colombia han expresado que la custodia monoparental, incide en la forma sesgada de concebir la vida, por parte de los niños y han señalado también cómo la custodia en cabeza de la madre se convierte en una carga que debe ser compartida por el padre de manera solidaria y conjunta, ya que en muchos casos el padre custodio suele ser la madre, la cual tiene que hacer frente no solo a la sobrecarga de tensiones y tareas propias de su misión, sino tam-

bién al lógico desajuste emocional de los hijos y el suyo propio, asociado con la tensa situación que suele conllevar la ruptura con la pareja, por eso con relativa frecuencia, la figura parental encargada de la custodia desempeña prácticas educativas erráticas, con poco control sobre el comportamiento del hijo y escasa sistematicidad en el seguimiento de reglas, con las consecuencias negativas que son de prever en el desarrollo de los hijos.

De acuerdo con la Constitución deben gozar ambos padres de las mismas garantías sin importar el género en el momento de la asignación de la custodia de los hijos mediante proceso judicial, pues la Constitución colombiana en el Artículo 42 establece la igualdad de hombres y mujeres. “Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes” y el Artículo 13 prohíbe toda discriminación en razón de género e indica que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”.

Por lo general, la tendencia de los Estados o de los poderes públicos estatales ha sido rechazar la custodia compartida argumentando que desde el punto de vista práctico este arreglo no es muy viable, amén de discutibles efectos negativos para el niño, niña o adolescente, sin que por lo tanto se muestren estudios serios al respecto y sin contraponer en la balanza sus posibles efectos positivos; así, durante mucho tiempo, el debate o discusión sobre este tipo de arreglo del cuidado de los hijos no ha salido en muchos países, entre ellos Colombia, de sus lí-

mites teóricos. Como argumento a favor de la custodia compartida se puede plantear que el ejercicio de la autoridad paterna no debe crear conflictos entre quienes tienen el derecho y el deber de hacerlo. Este derecho y este deber lo tienen ambos padres y su ejercicio dependerá de la forma como se han estructurado las relaciones familiares siendo lo más importante en este ejercicio que ninguno de los dos padres aparezca disminuido frente al hijo.

Hay que señalar sin embargo, que en algunos países la custodia compartida no solo ha sido viable sino que ella constituye ya una práctica consolidada en estos en donde a través del derecho se ha reglamentado, es el caso de Francia, Estados Unidos, España, Suecia y Suiza, entre otros, de ahí que nos pareció interesante realizar un estudio como este, donde a través de la indagación a los actores o involucrados en la problemática, así como de los funcionarios de las instituciones que tienen la oportunidad de incidir en la política pública de niñez y adolescencia y en la decisión de esos actores, se determine la conveniencia de instaurar un régimen de custodia parental compartida, el cual resulta a todas luces más justo y equitativo que el régimen de custodia exclusiva o monoparental.

No se puede negar que la custodia compartida está en armonía con los cambios sociales que exigen una mayor participación del padre en la educación y formación de los hijos, brindándole cariño, y bienestar permitiendo que la mujer tradicionalmente consagrada al cuidado personal de los hijos pueda realizarse también como profesional. La custodia especialmente cuando

es el fruto de la conciliación de los padres ayuda a romper los paradigmas que se tienen frente a los roles que deben desempeñar los miembros de la familia, promoviendo así nuevos comportamientos que valoren el papel de hombres y mujeres en la familia y la sociedad.

La custodia compartida se presenta también como una estrategia de prevención y solución de los conflictos socio-jurídicos y hasta trastornos psicológicos en niños, niñas y adolescentes consecuentes a la separación o divorcio de los padres.

En una exploración realizada previamente, se pudo constatar que en el medio prácticamente no existen investigaciones que hayan estudiado la problemática propuesta desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral a los niños combinada con una perspectiva de género, pero, sí se encontraron muchas personas interesadas en el estudio de la problemática, pues en los conflictos de la pareja se halla la raíz de graves problemas en las familias y en la sociedad.

REFERENCIAS

- Álvarez, R. (2011). Redacción de *El Tiempo*. http://www.eltiempo.com/alo/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8846219.htm/. Recuperado el 24 de octubre de 2011, de http://www.eltiempo.com/alo/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8846219.html)
- Caracol Radio (12 de 12 de 2007). <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/se-triplican-los-divorcios-en-colombia/20071212/nota/519236.aspx>. Recuperado el 23 de 10

- de 2011, de <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/se-triplican-los-divorcios-en-colombia/20071212/nota/519236.aspx>: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/se-triplican-los-divorcios-en-colombia/20071212/nota/519236.aspx>
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-500 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-041 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-116 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Fundación Padres por Siempre. Por los Derechos de los Niños: Custodia Compartida. Disponible en <http://www.padresporsiempre.com/archivos/PONENCIA%20FORO%20FINAL.pdf> Recuperado el 08 de 09 de 2011.
- García M., E. (1994). *Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Bogotá, Colombia: Editorial Gente Nueva.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I Niños al derecho disponible en www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/.../pdf/10Ninosalderecho.pdf . Recuperado el 10 de 09 de 2011
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (s.f.). <http://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.1211.html>). Recuperado el 10 de 09 de 2011, de <http://www.icbf.gov.co/icbf/directorio/portel/libreria/php/03.1211.html>.
- Mensías, F. (2002). Situación de la Psicología Jurídica en el Ecuador. En: Urrá, J. *Tratado de Psicología Forense*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores.
- Monroy Cabra, M. (2008). *Derecho de familia y de la infancia y la adolescencia*. Bogotá, Colombia: Editorial ABC.
- Quiroz, A. (2008). *Manual derecho de infancia y adolescencia*. Bogotá: 2da. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Romero, J. F. (2002). La Psicología Jurídica en Iberoamérica. En: Urrá, J. *Tratado de Psicología Forense*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores.
- República de Colombia. Constitución Política.
- República de Colombia. Decreto 2820 de 1974.
- República de Colombia. Código Civil.
- República de Colombia. Código de Procedimiento Civil.
- República de Colombia (2006). Ley 1098 de 2006.
- Organización de las Naciones Unidas (1989) Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Soler, G. (2008). Recuperado el 08 de 09 de 2011, de <http://www.radiosantafe.com/2008/10/06/custodia-compartida-igualdad-para-padres-divorciados/>
- Tovar, M. (2011) Redacción de *El Tiempo*. http://www.eltiempo.com/alo/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8846219.html). Recuperado el 24 de octubre de 2011, de http://www.eltiempo.com/alo/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-8846219.html.