

**GUILLERMO ANTONIO SANTOS MARIN
REPRESENTANTE A LA CAMARA
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

I. CONSIDERACIONES AL PROYECTO DE LEY[1]

Durante decenios, la custodia compartida ha sido una reivindicación irrenunciable de los padres separados en muchos países. Durante decenios también, sus antagonistas y, en su estela, los poderes públicos se han limitado a rechazarla, a falta de argumentos más sólidos, por su supuesta inviabilidad práctica o, incluso, por unos más que discutibles efectos negativos para el niño, sin contraponer en balanza sus efectos benéficos. De ese modo, durante decenios, el debate sobre la custodia compartida no salió de sus límites teóricos.

Sin embargo, lo que está en juego en este debate y en sus consecuencias prácticas es una cuestión de derechos humanos de hondo calado: el derecho del niño a seguir manteniendo vínculos estrechos y asiduos con sus dos padres tras el divorcio, el derecho de ambos padres a seguir siéndolo tras el divorcio, el derecho, en definitiva, a preservar los lazos familiares naturales tras la ruptura del contrato matrimonial. Simultáneamente, durante los decenios de 1980 y 1990 se multiplicaron los estudios sobre los inconvenientes de los hogares monoparentales y los efectos de la ausencia paterna en el desarrollo del niño.

Hacia mediados del decenio de 1990, algunos países habían cruzado ya el punto de inflexión en la trayectoria hacia la custodia compartida, que, actualmente, es una práctica arraigada y de resultados satisfactorios en varios de ellos. Por consiguiente, hace tiempo que la custodia compartida dejó de ser un prototipo teórico supuestamente inviable para convertirse en un modelo que ha superado todas las pruebas y lleva ya recorrido un largo camino práctico con resultados muy positivos.

Algún día, las personas con cierta curiosidad sociológica o histórica se preguntarán cómo ha sido posible que, durante decenios, las sociedades más avanzadas hayan llegado a admitir que la separación de padre e hijo tras el divorcio -es decir, la semiorfandad artificial del niño- pueda resultar beneficiosa para el desarrollo del menor.

Una abrumadora cantidad de estudios han coincidido en que los niños que mantienen un contacto regular con ambos progenitores tras el divorcio muestran mejores niveles de adaptación social y rendimiento académico que los niños criados en hogares monoparentales, y han puesto de manifiesto las imborrables y negativas huellas de la ausencia del padre durante la infancia y la adolescencia. En cambio, los estudios sobre niños en situación de convivencia alterna con ambos padres no han permitido constatar trastornos significativos asociados al cambio de domicilio.

Con el presente proyecto tratamos de buscar que el interés superior del niño, piedra angular de cualquier régimen de divorcio o custodia, requiere el contacto frecuente y continuo del niño con ambos padres tras la separación de éstos. Con ello nos limitamos a hacer eco de lo dispuesto en las legislaciones sobre divorcio más progresistas del mundo y en la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 9.3 se establece que:

“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos

padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”

No es honrado afirmar que el interés superior del niño resulte bien servido por un régimen de divorcio o separación concebido como un cuadrilátero de boxeo en el que, durante los años más delicados de su vida, el menor es testigo de un pugilato sin tregua entre sus padres. En el momento en que una pareja con hijos se separa caben dos posibilidades:

- 1) reconocer a uno de los padres más derechos que al otro y, con ello, crear las condiciones para toda clase de abusos y hostilidades (como en el caso de nuestro vigente régimen de divorcio o custodia); o
- 2) reconocer exactamente los mismos derechos a ambos padres, lo que automáticamente restará interés a cualquier planteamiento contencioso.

En el segundo supuesto, ninguna de las partes tendrá motivos especiales para entablar costosos y traumáticos procesos judiciales, la custodia perderá todo el valor que actualmente tiene como arma de máxima eficacia frente al ex cónyuge, los hijos dejarán de ser hipotéticos rehenes en manos del progenitor custodio y los términos de la separación se basarán exclusivamente en el bienestar del menor.

En definitiva, tanto la negativa experiencia de nuestra legislación sobre divorcio o separación como los estudios realizados en diversos países demuestran que el interés del niño es incompatible con el actual sistema de custodia exclusiva que se aplica en Colombia y requiere cambios legales profundos que dejen paso a nuevas fórmulas de compartición de la responsabilidad parental.

El argumento de la estabilidad

En realidad, ningún detractor de la custodia compartida ha conseguido demostrar que, para el niño, sea perjudicial vivir con ambos padres. Hasta ahora, el más frecuente -y casi único- argumento esgrimido a favor de la custodia materna o paterna exclusiva ha sido la necesidad de estabilidad, es decir, el deseo de evitar al niño los supuestos trastornos resultantes del cambio periódico de domicilio. **Para una sociedad en la que los niños, ya desde los primeros meses de su vida, reparten su tiempo entre la guardería y el hogar, es una pobre argumentación esa supuesta inestabilidad que conllevaría el desplazamiento entre los hogares materno y paterno.** Pero sobre todo, no se ha tenido en cuenta el hecho evidente de que lo importante para el niño no es la estabilidad material, sino la estabilidad emocional y la sensación de seguridad que le proporciona el contacto asiduo con ambos padres.[2]

Los defensores de este falso argumento a favor de la estabilidad suelen olvidar también que, en los casos de custodia exclusiva, son frecuentes los cambios injustificados de residencia por parte del progenitor custodio, a veces con un fin meramente punitivo del otro progenitor, que apartan al niño de su entorno, su colegio y su comunidad y reducen drásticamente o imposibilitan el contacto con el progenitor no custodio. Ese tipo de cambios realmente desestabilizadores no tendrán cabida en un régimen de “custodia compartida”, ya que ninguno de los padres tendrá la “propiedad” del niño ni el derecho a llevarlo de un lado para otro a su antojo, sin el consentimiento previo del

otro progenitor y la ratificación del juez. Antes bien, **prevalecerá el arraigo y el interés del niño.**

El mutuo acuerdo

El ejercicio de la custodia compartida o coparentalidad tras la separación resulta mucho más eficaz cuando los padres han llegado a un acuerdo mutuo. Por eso, todas las legislaciones que podrían servirnos como modelo para establecer un régimen de divorcio o separación acorde con el interés del niño insisten en la conveniencia de que los padres que se separan presenten al juez un "plan de Custodia, como se establece en el proyecto de ley o "plan de responsabilidad parental", establecido por mutuo acuerdo. A diferencia de nuestra actual legislación, donde el juez otorga una custodia exclusiva en cabeza de uno de los progenitores y la regulación de visitas cada quince días al progenitor no custodio, conlleva a una claudicación de éste en cuanto a sus legítimos derechos sin tener como punto de partida la igualdad de derechos y obligaciones de ambos padres.

Es evidente que, una vez establecida esa igualdad de derechos y obligaciones, los cónyuges tendrán menos interés en adoptar planteamientos contenciosos y alimentar las discrepancias, ya que nada tendrán que ganar con ello. No obstante, en prevención de la inevitable litigiosidad de las separaciones, las legislaciones más avanzadas prevén la mediación, incluso impuesta obligatoriamente por los tribunales en caso de desacuerdo entre los cónyuges. En último término, si tampoco la intervención del mediador consigue poner de acuerdo a las partes, el juez suele dictar sentencia según su mejor entender. Por ejemplo, en el caso de la legislación francesa, está previsto como criterio general que el juez establezca, como fórmula provisional de custodia ante el desacuerdo irreconciliable de los padres, la alternancia semanal del niño en la convivencia con ambos.

Asimismo, en diversas legislaciones de los Estados Unidos se prevé, como presunción inicial en materia de custodia, la residencia física del niño con ambos progenitores ("custodia conjunta física"), con un reparto de los tiempos de convivencia equitativo hasta donde sea posible y nunca inferior al 35 por ciento para el progenitor que conviva menos tiempo con el niño. Es decir, si la presunción inicial es la custodia conjunta física, pierden su razón de ser los enfoques contenciosos para lograr la custodia exclusiva de los niños y, con ella, el control de la situación posterior al divorcio y las ventajas económicas resultantes.

Ahora bien, una vez suprimidos los alicientes para entablar un divorcio contencioso, **nada impide que las dos partes lleguen a cualquier tipo de acuerdo sobre el contacto con los hijos y el reparto del tiempo de convivencia con ellos.** En general, el juez considerará que el acuerdo pactado por los padres será el que más convenga al bienestar de los hijos, salvo casos excepcionales. En casi todas las legislaciones consultadas, se considera como fórmula más idónea la "custodia conjunta física" y el reparto más igualitario posible de los tiempos de convivencia, pero ello no obsta para que los padres establezcan su propio "plan de coparentalidad o custodia" en función de su situación respectiva y de lo que consideren mejor para los hijos.

Como señaló la ministra francesa **Segolène Royal** en los debates parlamentarios sobre el proyecto de ley relativa a la autoridad parental, "valorar la residencia alterna no es hacer de ella una panacea ni una obligación... ni culpabilizar a las parejas que no recurran a esa modalidad".

El tiempo de convivencia

Por consiguiente, otro de los mitos que hay que desterrar es la creencia en que la coparentalidad (o custodia compartida) significa necesariamente un reparto al 50 por ciento de los períodos de convivencia del niño con cada uno de los padres. Más bien, convendría interpretar la coparentalidad como un reparto al 50 por ciento de los derechos y obligaciones de ambos padres.

En principio, **la fórmula de Custodia más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia y los cuidados de ambos padres**, y ése debería ser el criterio judicial que, en último término, prevaleciese en caso de desacuerdo entre los padres. Pero es evidente que cada situación familiar es distinta y que los padres están en mejores condiciones que nadie para establecer el régimen de custodia que consideren más conveniente para sus hijos en función de sus respectivas circunstancias personales. Al juez corresponderá, en último término, ratificar o no el acuerdo establecido por los padres según lo considere o no idóneo para el bienestar del niño.

Uno de los tópicos más generalizados y, sin embargo, desmentido por múltiples estudios e investigaciones, es lo que podríamos denominar "**principio de la corta edad**" (*tender years doctrine*), que preconiza la irremplazabilidad de la madre en el cuidado de los niños en los años más tiernos de la infancia (en general, de 0 a 7 años), considerando superflua o secundaria la figura paterna. Más adelante pueden consultarse las referencias a diversos estudios que demuestran lo erróneo de tal creencia. En cambio, el peculiar sentido del tiempo de los niños pequeños hacen necesarios los **contactos más cortos, pero más frecuentes** con cada uno de sus progenitores. Los niños de más corta edad tienen menos desarrollada la memoria a largo plazo, por lo que el contacto frecuente con cada uno de los padres es importante para prevenir retrocesos en las relaciones. El contacto asiduo es particularmente importante durante los primeros años de la vida para reforzar la relación con ambos padres, por lo que el régimen de convivencia exigirá intercambios más frecuentes. Con el paso de los años, la alternancia de los períodos de convivencia puede adoptar un ritmo más espaciado.

Con frecuencia, los propugnadores de la custodia exclusiva materna alegan que los grupos de padres reivindican la Custodia compartida con el único fin de sustraerse al pago de pensiones alimentarias, aunque el argumento es perfectamente reversible y valdría también para afirmar que la madres solicitan la custodia exclusiva para demandar en proceso de alimentos y de esta forma obtener dividendos, que en algunos casos se hace mal uso de los dineros correspondientes del menor, sin que juez alguno exija rendimiento de cuentas. En cambio, el interés del niño no se aviene con ninguno de esos argumentos, sino más bien con el de un trato judicial equitativo y digno para ambos padres.

Para que el régimen de coparentalidad funcione y, sobre todo, para lograr el mayor número posible de acuerdos previos de ambos padres, es preciso desterrar de antemano toda posibilidad de beneficio económico de uno de los ex cónyuges a costa del otro en relación con el cuidado de los hijos, y dejar fuera del marco de coparentalidad cualquier litigio o reivindicación económica de otro tipo.

Un aspecto que, hasta ahora, no se ha tenido suficientemente en cuenta es el hecho de

que los regímenes de “Custodia Compartida” favorecen un aumento del nivel de vida de los niños. La convivencia compartida permite a ambos padres atender directamente las necesidades económicas de sus hijos, sin posibilidad de contrapartidas ni lucros de una parte a costa de la otra. El resultado de esa autonomía es un mayor interés de cada progenitor en mejorar su situación económica y la de sus hijos, con lo que el conjunto de los ingresos de ambos padres aumenta. Lo contrario ocurre en las situaciones de custodia exclusiva, donde el progenitor no custodio siente el desembolso porcentual de su sueldo en concepto de pensión alimenticia como un factor de constante desincentivación económica y profesional, al tiempo que la percepción directa de dicha pensión y el interés por mantenerla ejercen sobre el progenitor custodio un efecto similar de desincentivación laboral y profesional.

Por último, destacaremos que la Custodia Compartida favorece la colaboración entre los padres, incluso en el ámbito económico. La igualdad de derechos y responsabilidades plasmada en los acuerdos o planes de custodia reduce la litigiosidad y no deja cabida para los esquemas de parte ganadora/ parte perdedora, lo que facilita también la colaboración económica entre los padres. Por ejemplo, un estudio de la Oficina del Censo de los Estados Unidos, realizado en el año 1991, época en que la custodia física conjunta apenas empezaba a cobrar auge en unos pocos estados, permitió constatar que el pago de pensiones alimenticias se cumplía en el 90,2% de los casos cuando la custodia era conjunta, descendía al 79,1% cuando existía régimen de visitas, y apenas llegaba al 44,5% en los casos en que al progenitor no custodio se le impedían el contacto con sus hijos.

ESTUDIOS SOBRE LOS DISTINTOS REGÍMENES DE CUSTODIA Y SUS EFECTOS EN EL DESARROLLO Y EL BIENESTAR DEL NIÑO.

Es importante presentar una recopilación de estudios sobre las ventajas y la viabilidad de la custodia compartida, con especial atención a su importancia para el desarrollo armónico y equilibrado del niño.

En general, todos ellos coinciden en atribuir a la custodia compartida las siguientes ventajas, entre otras:

- Mejor adaptación del niño a su entorno familiar y social; mejor rendimiento escolar.
 - Mayor satisfacción de los niños con la distribución de los tiempos de convivencia con ambos padres.
 - Mayores niveles de autoestima y confianza en sí mismos.
 - Mejor relación del niño con cada uno de sus padres.
- Menos problemas psíquicos o síntomas de estrés psicosomático.

CONCLUSIONES DE LOS PRINCIPALES ESTUDIOS

Robert Bauserman (AIDS Administration/Department of Health and Mental Hygiene, USA). *Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review* [Adaptación del niño en regímenes de custodia conjunta y de custodia exclusiva: metaanálisis].

Marzo de 2002.[3]

Análisis de 33 estudios en que se compara la adaptación de los niños en contextos de custodia conjunta y de custodia exclusiva. El autor llega a la conclusión de que los niños bajo custodia

conjunta están mejor adaptados que los niños en régimen de custodia exclusiva. Asimismo, los padres sujetos a regímenes de custodia conjunta notifican menores niveles de conflictividad en sus relaciones. "Las soluciones de custodia conjunta (tanto legal como física) no parecen, como promedio, resultar perjudiciales para ningún aspecto del bienestar de los hijos y pueden, de hecho, ser beneficiosas".

Joan B. Kelly: *Children's adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of research* [Adaptación de los hijos en matrimonios y divorcios conflictivos. Análisis de un decenio de investigaciones] (2000). *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 39, 963-973. Análisis de las investigaciones emprendidas durante el decenio de 1990 respecto de los efectos del divorcio en la adaptación de los niños. En relación con la custodia y el régimen de visitas, señala que la actitud de la madre determina sustancialmente la eficacia de la participación paterna tras el divorcio. La custodia conjunta da lugar a mejores resultados en el desarrollo del niño, en general. Los hijos de divorciados que mantienen contacto asiduo con su padre obtienen mejores resultados escolares. Se ha demostrado la eficacia de los programas de educación de los padres para el divorcio, así como de mediación familiar, a fin de lograr menos situaciones conflictivas que afecten a los niños.

D.A. Luepnitz. *Maternal, paternal and joint custody: A study of families after divorce*. [Custodia compartida materna y paterna: estudio de la familia tras el divorcio]. (Doctoral thesis 1980. State University of New York at Buffalo. UMI No. 80-27618.) Estudio comparativo de situaciones de custodia monoparental y custodia compartida. La mayoría de los hijos en situación de custodia monoparental consideraron insuficiente el tiempo de convivencia con el progenitor no custodio, mientras que los niños en situación de custodia compartida se mostraron satisfechos con la frecuencia de la relación con ambos progenitores. También se constató una mejor relación de los hijos con sus progenitores en situaciones de custodia compartida.

S.A. Nunan. *Joint custody versus single custody effects on child development*. [Efectos de la custodia compartida, comparada a la custodia exclusiva, en el desarrollo del niño]. (Doctoral thesis 1980. California School of Professional Psychology, Berkeley, UMI No. 81-10142). Estudio comparativo de los efectos de la custodia compartida y la custodia monoparental en el desarrollo infantil. Se comparó una muestra de 20 niños (7 a 11 años de edad) en situación de custodia compartida con otros 20 niños en situación de custodia monoparental materna. En todos los casos, la separación había tenido lugar hacía dos años, como mínimo. Los niños en situación de custodia compartida mostraron mayores niveles de autoestima, autovaloración y confianza en sí mismos, y menos excitabilidad e impaciencia que los niños bajo custodia materna.

B. Welsh-Osga. *The effects of custody arrangements on children of divorce*. [Efectos de las modalidades de custodia en los hijos de divorciados]. (Doctoral thesis 1981. University of South Dakota. UMI No. 82-6914.). Comparación de niños en familias intactas con niños en situación de custodia compartida y monoparental, de edades comprendidas entre 4 y 10 años. Se comprobó que los niños en situación de custodia compartida estaban más satisfechos con el tiempo pasado con ambos padres. Análogamente, los padres en situación de custodia compartida mantenían mejores relaciones con los niños. En los cuatro grupos de familias (intactas, monoparentales maternas, monoparentales paternas y con custodia compartida) los niños se hallaban igualmente bien adaptados.

D.B. Cowan. *Mother Custody versus Joint Custody: Children's parental Relationship and Adjustment*. [La custodia materna comparación a la custodia compartida: relación con los padres y adaptación de los hijos]. (Doctoral Thesis 1982. University of Washington. UMI No. 82-18213.). Comparación entre 20 niños en custodia compartida y otros 20 en familia monoparental materna. Según la valoración de las propias madres, los niños en situación de custodia compartida resultaron mejor adaptados que los niños bajo custodia exclusiva materna. Por otra parte, los niños en situación de custodia exclusiva materna mostraron una mayor aceptación de ambos padres y una mejor adaptación general en la medida en que pasaban más tiempo con su padre.

E.G. Pojman. *Emotional Adjustment of Boys in Sole and Joint Custody compared with Adjustment of Boys in Happy and Unhappy Marriages*. [Adaptación emocional de los niños en situaciones de custodia exclusiva y compartida en comparación con los niños en matrimonios felices e infelices]. (Doctoral thesis 1982. California Graduate Institute). Pojman comparó niños de edades comprendidas entre 5 y 13 años. Los niños en un régimen de custodia compartida se hallaban mucho mejor adaptados que los niños bajo custodia exclusiva materna. Al comparar todos los grupos comprobó que los niños en situación de custodia compartida mostraban indicadores tan positivos como los niños en familias sin problemas.

E.B. Karp. *Children's adjustment in joint and single custody: An Empirical Study*. [Adaptación de los niños en situaciones de custodia compartida y exclusiva: estudio científico]. (Doctoral thesis 1982. California school of professional psychology, Berkeley. UMI No. 83-6977). Estudio sobre niños de cinco a 12 años en el periodo inicial de separación o divorcio. Los niños en situación de custodia exclusiva tenían una relación más negativa con sus padres que los niños en situación de custodia compartida; asimismo, mostraban mayor rivalidad hacia sus hermanos. En el caso de las niñas, la custodia compartida coincidía con niveles de autoestima notablemente más altos.

J.A. Livingston. *Children after Divorce: A Psychosocial analysis of the effects of custody on self esteem*. [Los niños tras el divorcio: análisis psicosocial de los efectos de la custodia en la autoestima]. (Doctoral thesis 1983. University of Vermont. UMI No. 83-26981.). Estudio comparativo de niños en situación de custodia exclusiva materna, custodia exclusiva paterna, custodia compartida con la madre como primer cuidador y custodia compartida con el padre como primer cuidador. Se comprobó que los niños en situación de custodia compartida se hallaban mejor adaptados que los niños en situaciones de custodia exclusiva.

L.P. Noonan. *Effects of long-tern conflict on personality functioning of children of divorce*. [Efectos de conflictos duraderos (Doctoral thesis 1984. The Wright Institute Graduate School of Psychology, Berkeley. UMI No. 84-17931). Se estudiaron los efectos a largo plazo del desarrollo en situaciones de custodia compartida, custodia exclusiva materna y familia intacta. Los niños en situación de custodia compartida resultaron más activos que los niños en situaciones de custodia exclusiva o familias intactas. En situaciones de baja conflictividad actuaron mejor (mostraron menos retraimiento) que los niños en custodia compartida o familias intactas.

V. Shiller. *Joint and Maternal Custody: The outcome for boys aged 6-11 and their parents*. [Custodia conjunta y custodia materna: resultados para niños de 6 a 11 años y sus padres]. (Doctoral thesis 1984. University of Delaware. UMI No. 85-11219). En el estudio se compara a 20 niños en situación de custodia compartida con otros 20 en situación de custodia exclusiva materna. Se constató que los niños en un entorno de

custodia compartida estaban mejor adaptados que los niños bajo custodia exclusiva.

M.R. Patrician. *The effects of legal child-custody status on persuasion strategy choices and communication goals of fathers.* [Efectos del régimen jurídico de custodia en las estrategias de persuasión y las metas de comunicación de los padres]. (Doctoral Thesis 1984. University of San Francisco. UMI No. 85- 14995). Se interrogó a 90 padres (varones) sobre la forma en que el desigual reconocimiento de los derechos del padre y de la madre podría favorecer los conflictos. Se consideró que la custodia compartida fomentaba la cooperación entre ambos progenitores y frenaba los comportamientos egoístas. En cambio, la custodia exclusiva favorecía las estrategias de persuasión basadas en el castigo. Tanto los padres como las madres reconocieron que la desigualdad en las atribuciones de custodia inhibía la cooperación entre los progenitores.

G.M. Bredefeld. *Joint Custody and Remarriage: its effects on marital adjustment and children.* [Custodia compartida y nuevo matrimonio: sus efectos en la adaptación conyugal y en los hijos]. (Doctoral Thesis. California School of Professional Psychology, Fresno. UMI No. 85-10926). Los hijos, tanto en custodia exclusiva como compartida, se mostraron bien adaptados al nuevo matrimonio de su progenitor; no se constataron diferencias significativas entre los grupos. Sin embargo, los progenitores en situaciones de custodia compartida expresaron más satisfacción con sus hijos. Los hijos en situación de custodia exclusiva indicaron que veían a su padre con menos frecuencia después del nuevo matrimonio de la madre; esto no ocurría en situaciones de custodia compartida.

B.H. Granite. *An investigation of the relationships among selfconcept, parental behaviors, and the adjustment of children in different living arrangements following a marital separation and/or divorce.* [Investigación sobre las relaciones entre autoestima, comportamientos parentales y adaptación de los hijos en diferentes modalidades de vida tras la separación o el divorcio]. (Doctoral thesis 1985. University of Pennsylvania, Philadelphia. UMI No. 85-23424). Se estudió la situación de 15 niños bajo custodia compartida, 15 niños bajo custodia exclusiva paterna y 15 niños en situación de custodia compartida, todos ellos de edades comprendidas entre los 9 y los 12 años. Los padres y madres en situaciones de custodia exclusiva (tanto materna como paterna) utilizaban técnicas de presión psicológica para controlar a los hijos, como por ejemplo la culpabilización. Sin embargo, en los hogares con custodia compartida, tales técnicas se usaban raramente, según la percepción de los niños. No se detectaron diferencias de autoestima entre los distintos hogares.

S. Handley. *The experience of the child in sole and joint custody.* [La experiencia del niño en situaciones de custodia exclusiva y compartida]. (Doctoral thesis 1985. California Graduate School of Marriage and Family Therapy). Los niños en situaciones de custodia compartida se mostraron más satisfechos que los niños en situaciones de custodia exclusiva.

S.M.H.Hanson. *Healthy single parent families.* [Familias monoparentales felices] (Family Relations v.35, p.125-132, 1985). Se compararon 21 familias en situación de custodia compartida con otras 21 en situación de custodia exclusiva. Se constató que las madres en situación de custodia compartida disfrutaban de mejor salud mental. Las

madres con hijos varones en custodia exclusiva tenían el menor nivel de apoyo social, mientras que las madres con hijos varones en situación de custodia compartida tenían el máximo nivel de apoyo social. Las madres en situación de custodia compartida fueron las que mostraron mayor capacidad para resolver los problemas surgidos entre ellas y sus hijos.

S. A. Wolchik, S. L. Braver y I.N. Sandler. *Journal of Clinical Child Psych.* Vol. 14, p. 5-10, 1985. Se observaron mayores niveles de autoestima en los niños en situación de custodia compartida que, a su vez, notificaron experiencias mucho más positivas que los niños en custodia exclusiva materna.

J. Pearson and N. Thoennes. *Will this Divorced Woman Receive Support? Your Custody Decision may determine the Answer.* [¿Recibirá ayuda esta mujer divorciada? La respuesta tal vez dependa de su sentencia sobre la custodia] (The Judges Journal, Winter, 1986.). Comparación del pago de pensiones alimenticias en casos de custodia exclusiva y custodia compartida. Según se constató, la custodia compartida determina un cumplimiento mucho mayor de los pagos a la madre por concepto de pensión alimenticia.

J.S. Wallerstein y R. McKinnon. *Joint Custody and the Preschool Child.* [La custodia compartida y el niño en edad preescolar] (Behavioral Sciences and the Law, v.4, p. 169-183, 1986). Este documento presenta la custodia compartida de los niños de corta edad bajo una luz negativa. Sin embargo, se basa en investigaciones descriptivas y no comparativas, en las que no existe un grupo testigo o de referencia.

E.E. Maccoby, R.H. Mnookin y C.E. Depner. *Post-divorce families: Custodial arrangements compared.* [La familia tras el divorcio: comparación de medidas de custodia]. (American Association of Science, Philadelphia. Mayo de 1986.) Se comprobó que las madres en situación de custodia compartida se hallaban más satisfechas que las madres en situación de custodia exclusiva.

V. Shiller. *Joint versus maternal families with latency age boys: Parent characteristics and child adjustment.* [Comparación de familias con niños en edad de latencia en régimen de custodia materna y de custodia compartida: características de los padres y adaptación de los niños] (American Journal of Orthopsychiatry, v. 56, p. 486-9, 1986.). Entrevistas con los niños (de edades comprendidas entre 6 y 11 años), así como con ambos padres. Se constató que los niños en régimen de custodia compartida estaban mejor adaptados que los niños en régimen de custodia exclusiva materna.

M.B. Isaacs, G.H. Leon y M. Kline. *When is a parent out of the picture? Different custody, different perceptions.* [¿Cuándo se excluye a uno de los padres? Custodia diferente, percepciones diferentes]. (Family Process, v.26, p.101-110, 1987). En este estudio se comparó a niños de cinco grupos, en función de su régimen de custodia: custodia compartida física; custodia compartida legal con la madre como principal cuidador; custodia compartida legal con el padre como principal cuidador; custodia exclusiva materna; y custodia exclusiva paterna. Al evaluar la forma en que los niños percibían la importancia de los miembros de la familia, los niños en régimen de custodia exclusiva mostraron una tendencia tres veces superior a omitir a uno de los padres que los niños en régimen de custodia compartida.

F.S. Williams. *Child Custody and Parental Cooperation.* [Custodia de los niños y cooperación de los padres] (American Bar Assn, Family Law, agosto de 1987). Williams estudió situaciones altamente conflictivas y arriesgadas. Constató que existía una probabilidad mucho mayor de

secuestro o maltrato físico por parte de los padres respecto de los niños en régimen de custodia exclusiva (en general, materna, aunque no siempre). Asimismo comprobó que las familias muy conflictivas actuaban mejor y tenían más tendencia a cooperar cuando recibían órdenes judiciales muy detalladas.

M. Kline, J.M. Tschann, J.R. Johnson y J.S. Wallerstein. *Children's adjustment in joint and sole custody families.* [Adaptación de los niños en familias con custodia compartida y exclusiva] (Developmental Psychology, v. 25, p. 430-435, 1989). En este trabajo se constata que, en los casos de familias no conflictivas, apenas existen diferencias perceptibles de comportamiento entre los niños según estén bajo custodia compartida o exclusiva. (Curiosamente, en este estudio se afirma que "algunos estudios cuantitativos a un mostraron que no existen diferencias sintomáticas entre los niños según estén bajo custodia compartida o custodia exclusiva", y se mencionan las investigaciones de Luepnitz y también las de Wolchik, Braver y Sandler. Sin embargo, Luepnitz destacó que los niños bajo custodia compartida mantenían con sus progenitores una relación más normal que los niños en custodia exclusiva. Por otra parte, Wolchik, Braver y Sandler constataron que los niños en custodia compartida tenían, sin duda, experiencias más positivas y mayores niveles de autoestima que los niños en custodia exclusiva).

L.M.C. Bisnaire, P. Firestone y D. Rynard. *Factors associated with academic achievement in children following parent separation.* [Factores relacionados con el rendimiento académico de los niños tras la separación de los padres]. (American J. of Orthopsychiatry. v.60(1), p.67-76, 1990). Se comprobó que la regularidad del régimen de visitas era uno de los factores más importantes para que los niños mantuviesen los niveles de rendimiento académico anteriores al divorcio.

J. Pearson and N. Thoennes. *Custody after divorce: Demographic and attitudinal patterns.* [La custodia tras el divorcio: tendencias demográficas y psicológicas]. (American Journal of Orthopsychiatry, v.60(2), p. 233-249, 1990). Se constató que la regularidad del régimen de visitas era uno de los elementos que más favorecían la adaptación positiva de los niños.

R. Lohr, C. g, A. Mendell and B. Riemer. *Clinical Observations on Interferences of Early Father Absence in the Achievement of Femininity* [Observaciones clínicas sobre las repercusiones de la ausencia temprana del padre en el desarrollo femenino]. (Clinical Social Work Journal, V. 17, #4, Winter, 1989).

Estos son algunos de los efectos observados por los autores en niñas que se han visto privadas de la presencia paterna en virtud del régimen de visitas impuesto tras la separación matrimonial:

"Sobre la base de nuestra experiencia clínica con cierto número de niñas en edad de latencia y adolescentes cuyos padres se habían divorciado durante la edad edípica de las niñas, llegamos a la conclusión de que, **en respuesta a la ausencia del padre, surgen determinados hábitos de resistencia que pueden complicar la consolidación de una identidad femenina positiva en muchas niñas**, y que puede observarse durante los años de latencia. Algunos síntomas de la existencia de ese fenómeno y de sus repercusiones a efectos de tratamiento son los siguientes:

1. intensos trastornos de ansiedad de separación
2. negación y represión de sentimientos asociados a la pérdida del padre
3. identificación con el objeto producido
4. necesidad material de la presencia del varón."

En un estudio anterior realizado por **Kalter y Rembar** en el Hospital Psiquiátrico Infantil de la Universidad de Michigan, una muestra de 144 pacientes en edad infantil o adolescente, hijos de padres divorciados, presentaron, como problemas más frecuentes que requerían diagnóstico y

tratamiento, los tres siguientes:

- 63% de los niños: algún problema psicológico subjetivo (ansiedad, tristeza, melancolía intensa, fobias o depresión)
- 56% de los niños: calificaciones escolares deficientes o muy inferiores a su capacidad o su rendimiento anterior
- 43% de los niños: agresividad hacia sus progenitores.

Neil Kalter, Ph.D.: *Long-Term Effects of Divorce on Children: A Developmental Vulnerability Model* [Efectos a largo plazo del divorcio en los niños: un modelo de vulnerabilidad del desarrollo] (American Journal of Orthopsychiatry, 57(4), octubre, 1987).

"En las poblaciones de mujeres adolescentes y adultas, el divorcio de los padres se ha relacionado con una menor autoestima, actividad sexual precoz, mayores niveles de comportamientos de tipo delictivo y más dificultades para establecer relaciones heterosexuales gratificantes y duraderas en la edad adulta. Cabe destacar que, en esos estudios, el divorcio de los padres ha tenido lugar generalmente años antes de que se observen las dificultades.

En el momento de la separación conyugal, cuando (en general) el padre abandona el hogar familiar y empieza a tener menos contacto con sus hijos durante los años siguientes, todo parece indicar que las muchachas experimentan la pérdida emocional del padre egocéntricamente, como un rechazo hacia ellas. Aunque es más frecuente entre las niñas de preescolar y de los primeros niveles de la escuela elemental, hemos observado ese fenómeno clínicamente en niñas de los últimos niveles de la escolaridad básica y jóvenes adolescentes. En esos casos, **la falta continuada de relación con el padre se experimenta como un rechazo por parte de él**. Muchas niñas atribuyen ese rechazo a que no son suficientemente hermosas, afectuosas, atléticas o inteligentes para agradar al padre y mantener con él contactos regulares y frecuentes.

Por último, las niñas cuyos padres se divorcian pueden crecer sin la experiencia cotidiana de la relación recíproca con un hombre que las colma de atenciones, cuidados y amor. **La sensación continua de ser valorada y amada como niña parece un elemento de especial importancia para afianzar la autoestima como mujer**. Todo parece indicar que, sin esa fuente constante de afecto, la autovaloración femenina de una niña no prospera."

Rebecca L. Drill, Ph.D. *Young Adult Children of Divorced Parents: Depression and the Perception of Loss* [Jóvenes adultos hijos de padres divorciados: depresión y sensación de pérdida]. (Journal of Divorce, V. 10, #1/2, Fall/Winter 1986)

"El joven adulto se deprime más cuando percibe como "perdido" al progenitor no custodio. Cuando se produce el divorcio, la percepción del padre como progenitor no custodio se modifica en sentido negativo, mientras que la percepción de la madre (como progenitor custodio) se mantiene relativamente estable.

Puesto que el divorcio es un proceso, y no un acontecimiento aislado, sus efectos pueden ser acumulativos, por lo que una intervención a tiempo resultaría beneficiosa.

La participación continua del progenitor no custodio en la vida del niño parece decisiva para evitar que éste desarrolle una intensa sensación de pérdida... La importancia de la relación con el progenitor no custodio puede tener también consecuencias en los aspectos legales del régimen de custodia y visitas. **Según los resultados de este estudio, los regímenes [de custodia] que permiten a ambos padres participar por igual en la vida del niño son óptimos. Cuando este tipo de régimen no es posible, la relación continua del niño con el progenitor no custodio sigue siendo esencial.**"

Thomas S. Parish, *Children's Self Concepts: Are They Affected by Parental Divorce and Remarriage* [Autoestima de los niños: influencia del divorcio y nuevo matrimonio de sus padres]. (Journal of Social Behavior and Personality, 1987, V 2, #4, 559-562).

"Desde hace mucho tiempo se considera que **el impacto del divorcio y la consiguiente ausencia del padre afectan muy negativamente a los niños**. Por ejemplo, el divorcio y la pérdida del padre se han relacionado con dificultades en la adaptación escolar (por ej. Felner, Ginter, Boike, y Cowen), social (por ej. Fry y Grover) y personal (por ej. Covell y Turnbull). Los resultados del presente estudio indican que la pérdida del padre subsiguiente al divorcio se relaciona con la disminución de la autoestima en los niños, al menos en lo que respecta a esa muestra de niños de la región central de los Estados Unidos".

Joan Kelly, Ph.D. (associate of Judith Wallerstein, Ph.D): *Examining Resistance to Joint Custody* [Examen de la resistencia a la custodia compartida] (Monografía incluida en el libro *Joint Custody and Shared Parenting*, segunda edición, Guilford Press, 1991.)

"Resulta irónico, y a la vez interesante, que hayamos sometido la custodia compartida a un nivel e intensidad de vigilancia que nunca se ejerció en relación con el régimen tradicionalmente adoptado tras el divorcio (custodia legal y física en exclusiva para la madre y visitas durante dos fines de semana al mes para el padre). Los conocimientos teóricos sobre desarrollo y relaciones deberían haber alertado a los profesionales de la salud mental acerca de las potenciales consecuencias inmediatas y a largo plazo que tendrá para el niño el hecho de ver a uno de sus padres solamente cuatro días cada mes. Sin embargo, hasta muy recientemente, no se plantearon objeciones especiales a ese régimen tradicional de relaciones con los hijos tras el divorcio, a pesar de los indicios cada vez más frecuentes de que tales relaciones posteriores al divorcio resultaban insuficientes para el desarrollo y la estabilización de muchos hijos y padres.

Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres."

Buchanan, C., Maccoby, y Dornbusch: *Adolescents After Divorce* [Los adolescentes tras el divorcio]. **Harvard University Press, 1996.**

Estudio de 517 familias con niños de edades comprendidas entre 10,5 y 18 años, que abarcó un período de cuatro años y medio. Se evaluaron los siguientes indicadores: depresión, anomalías, esfuerzo escolar y calificaciones escolares. Se constató que **los niños en regímenes de custodia compartida física estaban mejor adaptados en relación con esos indicadores que los niños bajo custodia exclusiva**.

American Psychological Association: *Report to the U.S. Commission on Child and Family Welfare* [Informe a la Comisión de los Estados Unidos sobre Bienestar Infantil y Familiar], 14 de junio de 1995.

En este informe se resumen y evalúan las principales investigaciones relativas a la custodia compartida y sus repercusiones en el bienestar del niño. El informe llega a la conclusión de que "las investigaciones analizadas respaldan la conclusión de que la custodia compartida conlleva determinados resultados favorables para los niños, en particular más participación del padre, mejor adaptación del niño, pago de pensiones alimenticias, reducción de los gastos en litigios y, a veces, menor conflicto entre los padres." La Asociación observó también que **"es absolutamente indispensable una mejor política para reducir el actual enfoque conflictivo que ha dado por resultado la custodia exclusiva materna, la participación limitada del padre y la falta de adaptación tanto de los niños como de los padres. Esa política deberá favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los padres."**

Rockwell-Evans, Kim Evonne: *Parental and Children's Experiences and Adjustment in Maternal Versus Joint Custody Families* [Experiencias y adaptación de padres e hijos: comparación entre custodia materna y custodia compartida] (Doctoral dissertation, 1991. North Texas State U.)

En este estudio se compararon 21 familias en situación de custodia compartida con otras 21 en situación de custodia materna, con niños de edades comprendidas entre 4 y 15 años.

Los resultados mostraron que entre los niños bajo custodia exclusiva eran más frecuentes los casos de mala conducta y exteriorización de conflictos internos: "un análisis de regresión múltiple de esos datos permitió constatar que los niños en situación de custodia compartida tenían menos problemas de adaptación comportamental con conducta externalizante que los niños en situación de custodia materna".

J. Pearson and N. Thoennes: *Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns*, *American Journal of Orthopsychiatry*, Vol. 60, 1990.

"Coincidiendo con los resultados de otros estudios sobre custodia compartida y custodia exclusiva, los progenitores no custodios en situación de custodia compartida legal y residencial participaban, sin duda, más en la vida de sus hijos tras el divorcio que los progenitores no custodios en regímenes de custodia exclusiva... Por último, los encuestados en situación de custodia compartida mostraron más tendencia a percibir en su ex cónyuge una buena relación con los hijos y a mostrarse satisfechos con el comportamiento de esa persona como progenitor.

En nuestra muestra, los conflictos entre padres divorciados no parecían empeorar como resultado de la mayor necesidad de cooperación y comunicación entre ambos padres en los casos de custodia compartida o custodia residencial compartida. Al contrario, los padres en régimen de custodia materna exclusiva notificaron los mayores niveles de deterioro de las relaciones a lo largo del tiempo."

Glover, R. y C. Steele: *Comparing the Effects on the Child of Post-divorce Parenting Arrangements* [Comparación de los efectos de los regímenes posdivorciales en los hijos] *Journal of Divorce*, Vol. 12, No. 2-3 (1989).

En este estudio se evaluó a niños de 6 a 15 años, divididos en tres grupos: custodia compartida, custodia materna y familia intacta. Como promedio, los niños en familias intactas mostraron niveles más altos de autoestima y relaciones con padre que los niños de familias divorciadas, al tiempo que los niños en custodia compartida mostraron a su vez mayores niveles de autoestima y relaciones con el padre que los niños en custodia exclusiva materna. Los hijos de familias intactas utilizaron menos respuestas poco positivas en todas las materias que los hijos de familias divorciadas, y los hijos en custodia compartida utilizaron menos respuestas poco positivas que los niños en custodia exclusiva en todas las materias, excepto en la relación con la madre.

Este estudio indica que, como promedio, la familia intacta es el mejor entorno para los niños, y el régimen de custodia compartida es mejor que el régimen de custodia exclusiva, es decir, una familia con dos padres es mejor aunque esos padres estén divorciados.

Lerman, Isabel A. *Adjustment of latency age children in joint and single custody arrangements* [Adaptación de niños en edad de latencia en regímenes de custodia compartida y custodia exclusiva] (California School of Professional Psychology, San Diego, 1989).

En este estudio se evaluó a 90 niños, con edades de 7 a 12 años, divididos por igual en grupos de custodia materna, custodia compartida legal y custodia compartida física.

Los resultados mostraron los efectos negativos de la custodia exclusiva: "Los niños bajo custodia exclusiva manifestaron mayores niveles de odio a sí mismos y una percepción de mayor rechazo por parte de sus padres que los niños en situación de custodia compartida física". Se constató que la

conflictividad entre los padres era un factor significativo que podía explicar la mejor adaptación de los niños en régimen de custodia compartida física: "El nivel de conflictividad entre los padres fue un receptor significativo de rechazo de sí mismos en los niños. Cuanto mayor era el nivel de conflictividad, más intenso era el autorrechazo; y viceversa, a menores niveles de conflictividad correspondían menores indicios de autorrechazo".

Por otra parte, "el mayor nivel de contacto entre padre e hijo se asoció con una mejor adaptación, un menor autorrechazo y una menor percepción de rechazo paterno; y el menor contacto entre padre e hijo se asoció con una peor adaptación, mayores niveles de autorechazo y una mayor percepción de rechazo paterno".

Sanford Braver: *Determining the Impact of Joint Custody on Divorcing Families*

[Determinación de los efectos de la custodia compartida en las familias divorciadas].

Estudio de 378 familias en distintas situaciones de custodia; por custodia compartida deberá entenderse, a los efectos de este estudio, custodia compartida legal, no física.

"...Sharlene Wolchik, Iwrin Sandler y yo mismo constatamos en 1985 que los niños en situación de custodia compartida tenían mayores sentimientos de autoestima que los niños bajo custodia materna exclusiva.

Nuestros resultados pusieron de manifiesto las considerables ventajas de la custodia compartida, incluso al equiparar los factores de predisposición. Tras realizar ese ajuste, se constató que los niños en situación de custodia compartida se hallaban notablemente mejor adaptados y mostraban un comportamiento menos antisocial e impulsivo que los niños bajo custodia exclusiva. Asimismo, los padres tenían un régimen de visitas más amplio, participaban más en el cuidado de los hijos y estaban más satisfechos con la solución dada al divorcio. Sin embargo, las madres estaban bastante menos satisfechas con el régimen de custodia en las familias con custodia compartida.

Cuando la pareja está en desacuerdo desde el principio, ¿qué es mejor para la familia, prestar atención a la preferencia del padre (custodia compartida) o a la preferencia de la madre (custodia exclusiva)? Comprobamos que los grupos diferían significativamente en cuanto al pago de las pensiones alimenticias: cuando la custodia exclusiva se imponía contra el deseo del padre, se pagaba el 80 por ciento de las pensiones (según los padres, la cifra indicada por las madres fue del 64 por ciento); cuando se otorgaba la custodia compartida contra la preferencia de la madre, el promedio de los pagos se acercaba al cumplimiento total (97 por ciento, según los padres; 94 por ciento, según las madres)... Se constató una proporción similar en lo que respecta al contacto del padre con el hijo, significativamente más elevado en los casos en que la custodia compartida se concedió a pesar de la disconformidad de la madre."... "La custodia compartida, aún cuando se conceda contra los deseos de la madre, propicia una mayor participación de los padres y niveles casi perfectos de pago de las pensiones alimenticias; si se controlan los factores de predisposición, da lugar a una mayor adaptación de los niños... Creemos que esas conclusiones requieren que los encargados de formular las políticas adopten, en aras del mejor interés del niño, la presunción de derecho a favor de la custodia compartida legal, es decir, una preferencia judicial para que ambos padres conserven sus derechos y responsabilidades respecto de sus hijos tras el divorcio."

***** Enlaces de referencia:**

- <http://www.gocrc.com/research/jcbib.html>
- <http://www.cyfc.umn.edu/Documents/G/B/GB1021.html>
- <http://www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.htm>
- <http://members.tripod.com/~mdcrc/jcbib.html>
- http://www.horut-shava.org.il/legislation/custody/research_on_shared.htm

II. Fundamentos

El derecho constitucional prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella.

Consecuencia obligada de la importancia que el Constituyente de 1991 atribuyó a la familia, en su carácter de institución fundamental para el normal desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella expresamente incorporado hoy en la Carta (Art. 44).

Cuando se revisan los antecedentes de esta norma resulta claro que el Constituyente plasmó en ella su íntima creencia de que

La situación perfecta para un hogar es vivir bien, en familia. El ideal de quienes integran en cualquier forma su núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre entre sí y con sus hijos. El máximo desarrollo para un niño es el que puede lograr con sus padres y familia[4].

En estas condiciones, es fácil comprender que el divorcio sea necesario sólo en la medida en que así lo exija el bienestar de la familia y, en particular, el de los niños, por cuanto

es preferible el adecuado desarrollo emocional de un niño, que el crecer con la figura simbólica de unos padres cuando estos con su conducta y ejemplo, le proporcionan malformaciones que luego serán la línea de conducta con sus propios hijos[5].

La unidad familiar principio supremo

La consagración expresa del derecho fundamental y prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella implica que su unidad constituye hoy exigencia que desborda la voluntad individual de los miembros del grupo, en aras de la primacía y supervivencia de la institución familiar como el ambiente más adecuado y natural para el desarrollo de la personalidad humana, según la concepción plasmada en la Carta de 1991.

Con todo, como bien lo destaca la doctrina la unidad familiar no significa necesariamente indisolubilidad del matrimonio,

Unidad de la familia no es solamente y siempre, pues, unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad de los cónyuges; la unidad tiene una relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una comunidad, -así sea materialmente separada, que deba perseguir, aún en reducidos rangos- la función social a que está destinada. En efecto, no parece que la unidad de la familia sea un límite válido "sólo cuando los cónyuges viven unidos", de modo que en régimen de separación personal sería inconcebible hablar de ella.

Precisamente, cuando existe desacuerdo la unidad prevalece sobre la igualdad superando "una rígida concepción paritaria entre marido y mujer y simultáneamente sustrayendo a la mayoría de las partes de la autonomía del reglamento. La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e

integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole; es el fundamento en que debe inspirarse para una interpretación moderna de la exigencia y de la tutela del sujeto en el ámbito de la comunidad familiar. Pero la unidad de la familia no se le puede atribuir un valor exclusivamente formal; debe hacerse el esfuerzo de investigar el interés o los intereses que están en su base: el denominado interés superior de la familia y/o el potenciamiento de la personalidad individual[6].

En consecuencia, procrear un hijo implica hoy la obligación de depararle un ambiente familiar adecuado, aún después de la crisis o ruptura de las relaciones de pareja. Porque es, precisamente en esos momentos críticos, cuando el niño necesita más apoyo psicológico y moral de su familia para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo emocional.

En reiterados fallos jurisprudenciales se ha dicho que, mientras no intervenga decisión judicial en contrario, *ninguno de los cónyuges puede impedir el ejercicio de los derechos que la ley otorga sobre los hijos menores, ni puede dejar de ejercerlos, el marido o la mujer que, con la finalidad de ejercer solo tales derechos, arrebató al hijo del lugar en donde conjuntamente deban ejercerlos, impidiendo de hecho que se cumplan los mandatos legales, esto es, quebrantándolos, ejecuta hecho ilícito contrario al derecho imperante; esa conducta no puede ser alabada ni propiciada de manera alguna por los Jueces de la República*. Sin embargo la realidad es otra, pues como se dijo anteriormente, pareciese que la Carta Política en lo que toca con el tema, estuviese dirigida solo al rol materno, puesto que nuestra legislación no establece con franqueza la custodia y el derecho de ambos padres a tener el contacto personal con sus hijos.

El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no debe privar al otro -o a ambos, en el segundo caso- del derecho de mantener comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Tal derecho consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos.

Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor. Pero desafortunadamente, la realidad es otra y los Jueces y el ICBF y las Comisarias de Familia han contribuido a que lo contemplado en el derecho positivo o lo legal sea la excepción, pues al ser otorgada la custodia a uno de los padres, el otro la ejerce arbitrariamente e impide el derecho de visitas con sus hijos, aprovechándose de lo dispendiosos que resulta incoar una acción que conlleve al respeto de la igualdad parental.

Es claro que debe darse el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual -rectamente entendido- requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre. Su objeto es el de estrechar las relaciones familiares, y su fijación debe tener como pauta directriz el interés de los menores, que consiste en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que es necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquellas relaciones; las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera de

lesionar la dignidad de quien ostenta la calidad de progenitor.

Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho. Sin embargo, la Corte Constitucional ha decidido, que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita o contacto con los hijos, cuando aquélla se debe al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor.

Es innegable que el normal desarrollo del grupo familiar, necesita la presencia real de ambos Padres, aún en los casos de familias disgregada. La paternidad y maternidad son un conjunto de deberes y derechos que emanan de la reproducción. Se entiende la reproducción por una parte como un proceso biológico, expresado en la unión sexual, embarazo y parto, y por otro lado, aspectos aprendidos en el contexto social, y que corresponden a los planos afectivos, formativos y económicos.

La maternidad y paternidad, incluyen derechos y deberes. Es un derecho puesto que existe un mutuo beneficio en la relación padres-hijos. Asegurar la descendencia, es satisfacer una necesidad instintiva, pero también es el resultado de la reflexión. Educar a un hijo es una fuente de desarrollo personal, puesto que obliga a poner en práctica una serie de recursos para formar un ser similar a sí mismo, pero a la vez mejor que uno mismo. También es un deber, puesto que implica una responsabilidad natural, moral, social, económica y civil ante seres desvalidos que merecen las mejores oportunidades para su desarrollo. El papel del hombre y la mujer, en la biología de la reproducción es diferente, sin embargo complementario, e igualmente imprescindible. También en la crianza y educación ocurre esta complementación e imprescindencia. Padre y Madre son irremplazables.

La familia tradicional, definida como familia nuclear biparental, es cada vez menos frecuente. La realidad estadística indica que los hogares monoparentales son una tendencia creciente en la familia Colombiana: El 26.7% de los niños menores de 5 años viven solo con la madre. Para 2003, un 76% de los menores de 6 años hace parte de un hogar biparental. Preocupa así mismo, el porcentaje de menores de 6 años que vive con otro familiar diferente a sus padres, un poco más de la cuarta parte (27.5%).

Esta situación de ruptura del vínculo matrimonial, ocurre, en la gran mayoría de los casos, en medio de un ambiente conflictivo que entorpece el cumplimiento de los roles paternos y maternos. La tendencia histórica y cultural favorece el estereotipo de los roles en que el materno se define como de cuidado, crianza y protección directos de los hijos, mientras el paterno se restringe solo al de proveedor material.

Este ambiente conflictivo y confrontacional es apoyado indirectamente, tanto por el anterior Código del Menor (**Decreto 2737 de 1989**), como por la Ley de Infancia y de la Adolescencia (**Ley 1098 de 2006**), y lo que es más por los jueces de Familia, los Tribunales, la Fiscalía y cualquier autoridad administrativa como el ICBF, con poder de decisión en asuntos de menores, pues para ellos el padre juega un papel secundario, donde se le considera y sindicán de entrada como *“irresponsable”, “maltratador”* y *“destructor de la Convivencia pacífica Familiar”*, y en sus decisiones se escudan con el manto de la cacareada defensa de los derechos del niño provocando un evidente impacto en el desarrollo psicosocial de los hijos, destrucción del núcleo familiar, depresión, problemas conductuales como la delincuencia, etc. Si miramos las normas vigentes sobre custodia y cuidado personal de los hijos, nos percatamos que ellas solo

fijan competencias entre la diferentes instancias, llámese ICBF; Juez de Familia, etc, pero en ninguna parte de la normatividad vigente se dice que la custodia debe ser compartida, pues solo se otorga esta, en un 90% a la madre y escasamente se le da la oportunidad al padre de tener derecho a visitas reguladas. Abundan los casos que he tenido la oportunidad de conocer de cerca, pero no es el momento para ahondar en ellos, pues sería demasiado extenso y no habría lugar para describir con lujos de detalles circunstancias que riñen con un sistema que debe preservar la unidad familiar.

Los estudios especializados demuestran que no es la separación en sí la que produce los problemas psicológicos, sino la forma inadecuada en que la separación se lleva a cabo. Los niños que presentan los mayores problemas generalmente provienen de matrimonios separados en que hay un conflicto antes, durante y después de la separación.

Los aspectos considerados en la propuesta, **busca eliminar el estereotipo del rol paterno como proveedor, y materno como de cuidado directo**, ya que así como está planteado actualmente en nuestra legislación, ofrece escasas posibilidades de flexibilización e igualdad de oportunidades frente a los derechos y obligaciones que emanan de la relación filiativa, constituyéndose así en fuente permanente de conflictos que derivan por una parte de los intereses económicos en juego, y por otro, de los intereses afectivos-emocionales propios de la relación Padre-Hijos. También es preciso recordar que en casos como el de la custodia y cuidado personal de los hijos, se evidencian perversos instintos del ser humano, ejecutados sin importar el daño que se le causa al núcleo familiar. Muchas veces los padres con el afán de buscar la custodia de los hijos, logran que éstos inventen hechos, respalden mentiras y olviden momentos de felicidad, y que terceros (Generalmente familiares) se involucren en el desprestigio hacia el padre rechazado, por el progenitor que tiene la tutela de los menores mientras dura un arduo litigio.

Estas falacias encuentran un canal ideal en nuestro actual sistema jurídico; el cual, conocen acabadamente este atroz accionar y que en muchísimas ocasiones consienten, respaldan y alientan su puesta en escena, coartando los vínculos con el padre acusado. El padre que ha concurrido a demandar para ver y estar con sus hijos, no puede protegerlos, y en la práctica, termina "como demandado" y debe tomar resguardo ante acusaciones y agresiones antinaturales, hechos que nuestras leyes no consideran, y lo que es aún peor, el padre demandante debe comenzar el largo y tedioso camino de demostrar las falsedades de las acusaciones, mediante peritajes psiquiátricos, psicológicos, terapias familiares, informes sociales etc., trámites que duran años, mientras tanto, **LOS PADRES NO VEN A SUS HIJOS**.

Extrañamente todas las acusaciones son efectuadas por el progenitor tutor, sin ningún tipo de prueba legal, es decir bastan sólo dichos, para que los Jueces presuman la culpabilidad del padre que desea ver y estar de modo regular con sus niños y otro hecho sintomático es que estos actos, en la mayoría de los casos, son inventados para ser presentados ante la justicia, sólo cuando se presenta la demanda por visitas.

Erróneamente, se vuelca el peso de las culpas en el padre demandante, le imponen terapias psicológicas, psiquiátricas individuales y/o terapia con el grupo familiar, sosteniéndolo como responsable. De ésta forma se pierde decididamente, enfocar al verdadero causante, al eje desquiciante, al progenitor orientador del rechazo. Al cometer esta acción, se fortalece la negativa de los hijos de ver a su padre y aumenta la estrategia de inculcación Maliciosa.

El progenitor que obstruye cae en la inculcación Maliciosa, cebado por la impunidad,

procede con un lavado de cerebro a los hijos, los cuales, con su mente en estado evolutivo, poseen una alta capacidad de absorción, asumiendo como real, todo lo indicado por el tutor que impide ver y estar con los menores.

Estos progenitores cuentan a favor de su nocividad, un tiempo por demás amplio y sin control alguno, para depositar una y otra vez las semillas del odio y el rencor de sus problemas no resueltos.

Nadie psíquicamente sano apoyaría por ejemplo: la negativa de un menor de asistir a un colegio para su educación o a un médico por su salud o a su higiene, sin embargo, líneas de pensamiento cercanas a la destrucción de las estructuras de la familia, apoyan y justifican la negativa de los hijos a mantener contacto con el padre no conviviente, el cual, lucha contra la mentalidad anticuada en lo que respecta a los roles en que hoy vive tanto la madre como el padre, contra un sistema jurídico engorroso y falto de recursos materiales y humanos modernos, y lo que es muy importante mencionar es que en muchas oportunidades los apoderados de las partes asumen un papel de cruenta guerra entre adultos haciendo gala de todo sus conocimientos recogidos en la aulas y en los propios procesos anteriores para destruir a la parte contraria "olvidándose completamente de los niños" y por ende, de la ética. Se agregan a lo anterior teorías por demás temerarias, que intentan exponer conclusiones justificando la destrucción de los vínculos entre padre e hijos.

Importante, traer a colación lo que se denomina SAP (**Síndrome de alienación Parental**):

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

Richard Gardner[7], definió el Síndrome de Alienación Parental, como un trastorno, mediante el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, con algunas estrategias, con objeto de obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, es decir, uno de los padres manipula al menor con el fin de que este rechace al otro.

Consecuencias para los hijos

Se lleva al hijo a odiar y a rechazar a un padre que le quiere y al cual necesita.

El lazo entre el hijo y el progenitor alienado será irremediablemente destruido, no se puede reconstruir el lazo entre el hijo y el progenitor alienado, si ha habido un vacío de unos años.

El progenitor alienado llega a ser un forastero para los hijos. El modelo principal de los hijos será el progenitor patológico, mal adaptado y teniendo un disfuncionamiento. Muchos de esos niños desarrollan trastornos psiquiátricos serios.

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

Por su parte, **JOSÉ MANUEL AGUILAR[8], PSICÓLOGO CLÍNICO Y FORENSE**, ha dicho que: **"Está demostrado que la crianza monoparental trae problemas"**.

"El síndrome de alienación parental se define comúnmente como el establecimiento de barreras hacia la relación o incluso la incitación a odiar al progenitor no custodio por parte del progenitor que detenta la custodia monoparental.

Cuando se prueba la mala voluntad del progenitor custodio en la creación del síndrome de alienación parental, éste es considerado un delito por la justicia y puede ser castigado incluso con el cambio de custodia monoparental a favor de padre no custodio. Sentencias en este sentido se han firmado a lo largo y ancho de la geografía española en estos últimos años.

No obstante considerarse un progreso, esta definición es incompleta. Alienar significa (según el diccionario de la RAE) trastornar mentalmente pero también, y esta es la definición que nos atañe, el acto desposeer o privar de algo, en este caso, el derecho a tener padre y madre en igualdad de condiciones. También significa quitar, pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa. En este sentido los principales responsables de la creación del síndrome de alienación en nuestros hijos y en el resto de los miembros de la familia son los jueces. La alienación la crea quien conculca un derecho y en este caso no es el progenitor custodio (el que conculca el derecho) sino el juez, siendo el progenitor custodio simplemente su ejecutor. Es una contradicción que un juez que produce la alienación de los hijos castigue al cónyuge custodio quien no hace sino ejecutar su mandato. Esto explica que difícilmente los jueces condenen por el concepto de alienación parental al exconyuge custodio..."

III. Nivel internacional (Tuición o Custodia Compartida)

En la actualidad, muchos países han legislado sobre la Tuición Compartida, "está arrasando en Europa. Primero fue Bélgica, luego Francia, ahora Suiza, y en Italia probablemente será una realidad en breve. A la inversa, España, no acusa recibo de estos cambios, dado el feminismo imperante", pero sin embargo se pueden consultar innumerables sentencias en donde los tribunales han otorgado custodia compartida.

"En Alemania, aunque la nueva legislación sobre las relaciones entre padres e hijos de 1998, propicia la guarda y custodia compartidas por ambos padres, tal práctica no es aún frecuente, debido a que la ley permite que uno de los padres pueda negarse a aceptar esta modalidad, en cuyo caso el juez tiene que decidir. En opinión de los jueces, el bienestar de los niños no está garantizado si los padres no tienen los mismos objetivos. Así pues, la mayoría de los jueces deciden entregar los niños a la madre e imponer al padre la obligación de pagar la manutención de todos". Jackel, K. (2001).

Especial énfasis requiere Francia, país en que la "Ministra delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno Francés **Ségolène Royal**, presentó el 27 de febrero de 2001 un proyecto denominado **"la Reforma de la Autoridad Parental: los Nuevos Derechos de las Familias"**, cuyo aspecto más espectacular es la previsión legal de la custodia compartida y la convivencia de los hijos separados con ambos padres (alternancia semanal). Esta iniciativa tiene un valor innegable, ya que por primera vez un gobierno europeo reconoce abiertamente, que el régimen de alternancia en la convivencia es el más conveniente para el desarrollo del niño.

En este contexto, la Asamblea Nacional Francesa aprobó el 13 de Diciembre de 2001, el proyecto de ley que equipara los derechos y deberes de padres y madres. La ley estableció la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto a la guardia y custodia de los hijos tras la separación de la pareja y otorga una autoridad compartida por ambos padres en cuanto a la educación de los hijos, sea cual sea la situación de la pareja. No obstante, lo anterior, la Asociación Francesa **SOS Papa**, lamenta que no se hayan previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños". Martí. O. (2001).

IV. Sustento Constitucional.

Artículo 13 de la Constitución Política.

“**ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”

Este Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley, supone, que no existan diferencias arbitrarias y estereotipos que perpetúen la rigidización de roles paternos y maternos, constituyendo una discriminación implícita de los derechos y obligaciones que emanan de la relación filial.

Artículo 44 de la Constitución Política.

“**ARTICULO 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...”

Cuando se revisan los antecedentes de esta norma resulta claro que el Constituyente plasmó en ella su íntima creencia de que la situación perfecta para un hogar es vivir bien, en familia. El ideal de quienes integran en cualquier forma su núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre entre sí y con sus hijos. El máximo desarrollo para un niño es el que puede lograr con sus padres y familia.

V. Convenciones Internacionales.

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

Artículo 9.3

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 18.1

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

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Preámbulo

“...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;...”

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer. (Ley 51 de 1981)

Artículo 3º.

Aprobada por la Asamblea general de las Naciones Unidas, estableciendo y reafirmando la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer.

VI. Sustento legal

CODIGO CIVIL

ARTICULO 253. <CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS>. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.

ARTICULO 254. <CUIDADO DE LOS HIJOS POR TERCEROS>. 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.

ARTICULO 255. <PROCEDIMIENTO>. El juez procederá para todas estas resoluciones breve y sumariamente, oyendo a los parientes.

ARTICULO 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.

ARTICULO 257. <CRIANZA, EDUCACION Y ESTABLECIMIENTO>. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas que, tratando de ella, se dirán.

<Inciso segundo modificado por el artículo 19 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> Si el marido

y la mujer vivieren bajo estado de separación de bienes, deben contribuir a dichos gastos en proporción a sus facultades.

Pero si un hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y, en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible.

ARTICULO 258. <GASTOS A FALTA DE UNO DE LOS PADRES>. Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento de los hijos, tocarán al sobreviviente en los términos del inciso final del precedente artículo.

&SARTICULO 259. <REVOCACION DE LAS RESOLUCIONES>. Las resoluciones del juez, bajo los respectos indicados en los artículos anteriores, se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas; y podrán también modificarse o revocarse por el juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo.

&SARTICULO 260. <OBLIGACIONES DE LOS ABUELOS>. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos ~~legítimos~~ por una y otra línea conjuntamente.

El juez reglará la contribución, tomadas en consideración las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

ARTICULO 263. <EXTENSION DE LA FACULTAD DE CORRECCION>. <Artículo modificado por el artículo 22 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> Los derechos conferidos a los padres en el artículo precedente se extenderán en ausencia, inhabilidad o muerte de uno de ellos, al otro, y de ambos a quien corresponde el cuidado personal del hijo menor no habilitado de edad*.

ARTICULO 264. <DIRECCION DE LA EDUCACION>. <Artículo modificado por el artículo 4o. del 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 éstos; asimismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento.

ARTICULO 266. <CESACION DE LOS DERECHOS POR ABANDONO>. Los derechos concedidos a los padres legítimos en los artículos precedentes, no podrán reclamarse sobre el hijo que haya sido llevado por ellos a la casa de expósitos, o abandonado de otra manera.

&SARTICULO 267. <CESACION DE DERECHOS POR MALA CONDUCTA DE LOS PADRES>. 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.

&SARTICULO 268. <REEMBOLSO A TERCEROS>. Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL PROCESO VERBAL SUMARIO

&SARTÍCULO 435. ASUNTOS QUE COMPRENDE. <Artículo modificado por el artículo 12204, numeral 239 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:>

Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos:

PARAGRAFO 1. EN CONSIDERACION A SU NATURALEZA:

2. Autorización de copia de escritura pública en los casos previstos por la ley, salvo norma en contrario.

5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez previstos en la ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

CODIGO DEL MENOR DEROGADO (Decreto 2737 de 1989)

ARTICULO 37. <Artículo derogado por el artículo 21750 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> El Defensor de Familia, de manera inmediata al conocimiento del hecho, abrirá la investigación por medio de

auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor. En el mismo auto podrá adoptar, de manera provisional, las medidas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 5751. Las diligencias y la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de la investigación, deberán ejecutarse dentro de un plazo máximo de veinte (20) días.

ARTICULO 57. <Artículo derogado por el artículo 217102 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.

ARTICULO 70. <Artículo derogado por el artículo 217138 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> Sin perjuicio de las acciones judiciales correspondientes, el Defensor de Familia podrá asignar provisionalmente la custodia o cuidado personal del menor a aquel de los parientes señalados en el artículo 61139 del Código Civil, que ofrezca mayores garantías para su desarrollo integral.

ARTICULO 71. <Artículo derogado por el artículo 217142 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> De la diligencia de entrega del menor se elaborará acta, suscrita por el Defensor de Familia y las demás personas que intervengan en ella, en la que se harán constar las obligaciones y derechos que competen a quienes asumen la custodia del menor, así como las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las primeras.

ARTICULO 72. <Artículo derogado por el artículo 217143 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> El incumplimiento de la orden de asignación provisional de la custodia o cuidado personal del menor, así como de las obligaciones contraídas en el acta de entrega, dará lugar a la imposición, por parte del Defensor de Familia, de las siguientes sanciones:

Multa de hasta cien (100) salarios mínimos diarios legales convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario mínimo legal de multa.

Arresto inmutable hasta de sesenta (60) días.

PARAGRAFO. La reincidencia o la renuencia a darle cumplimiento a la orden de asignación de que tratan los artículos anteriores, constituye causal de suspensión de la patria potestad.

ARTICULO 150. <Artículo derogado por el artículo 217325 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del menor, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre el menor.

El Juez dispondrá, cuando fuere necesario, la custodia y cuidado del menor o menores en cuyo nombre se abrió el proceso, sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes.

ARTICULO 277. <Artículo derogado por el artículo 217612 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> El Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones:

d. Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos;

ARTICULO 348. <Artículo derogado por el artículo 217757 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007> Los Jueces de Familia, o en su defecto los Jueces Municipales, serán competentes para otorgar los permisos a menores de edad para salir del país, cuando haya desacuerdo al respecto entre sus representantes legales o entre éstos y quienes detentan la custodia y el cuidado personal, de acuerdo con el procedimiento verbal sumario señalado en el Decreto 2282 de 1989.

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (Ley 1098 de 2006)

&\$ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. 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.

ARTÍCULO 82. FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Corresponde al Defensor de Familia:

8. 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

9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.

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.

ARTÍCULO 99. INICIACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. El representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, podrá solicitar, ante el defensor o comisario de familia o en su defecto ante el inspector de policía, la protección de los derechos de aquel. También podrá hacerlo directamente el niño, niña o adolescente.

Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.

ARTÍCULO 100. TRÁMITE. Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación.

Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia.

El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días.

PARÁGRAFO 1o. Cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial.

PARÁGRAFO 2o. En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez 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. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Excepcionalmente y por solicitud razonada del defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, el director regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga.

VII. Conclusiones

1. El proyecto aboga por una ley de COOPARENTABILIDAD que respete el derecho de los hijos menores a seguir teniendo una madre y un padre tras los procesos de separación y divorcio.
2. Por el fin del maltrato institucional a los hijos de madres y padres separados.
3. Por una verdadera igualdad entre hombres y mujeres en el derecho de tener la custodia y cuidado personal de los hijos menores.
4. Por seguir siendo padres y madres tras la separación.

GUILLERMO ANTONIO SANTOS MARIN

Representante a la Cámara

MAURICIO JARAMILLO MARTINEZ

Senador

PEDRO NELSON PARDO RODRIGUEZ

Representante a la Cámara

[1] Informe Asociación de Padres de Familias Separadas (APFS) y Federación Andaluza de Padres y Madres Separadas (FASE)

[2] Al exponer esa preocupación por la estabilidad, tal vez los mayores estamos proyectando sobre la realidad infantil un elemento condicionante de nuestra vida adulta. Somos los adultos quienes no soportamos que nos cambien de sitio un cenicero del salón, mientras que los niños saben perfectamente cómo encontrar las salidas de su laberinto de desorden y caos aparente.

[3] Puede consultarse en: http://www.apa.org/journals/fam/press_releases/march_2002/fam16191.pdf

[4] Cfr. Gaceta Constitucional No. 85, p. 6.

[5] Cfr. Gaceta Constitucional No. 85, p. 6.

[6] Cfr. Perlingieri Pietro. La personalità umana nell ordinamento giuridico. Università degli Studi di Camerino, Jovene editore, No. 3. Camerino 1972 pp. 195-196.

[7] www.rgardner.com: "Dr. Richard A. Gardner es Profesor de Psiquiatría Clínica Infantil en la Universidad de Columbia. Colegio de Médicos y Cirujanos, Nueva York Su libro "El Síndrome de Alineación Parental: una guía para los profesionales de la Salud Mental y profesionales del Derecho" se publicó por vez primera en 1992.

[8] AUTOR DEL LIBRO SINDROME DE ALIENACION PARENTAL