

ANÁLISIS PSICOJURÍDICO DE LA FÍGURA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA, 2006-2019¹

Luz Yanedt Jiménez Tabares²

Alejandra Robles Bertel³

Roxanne Angie Ward Bryan⁴

RESUMEN

Uno de los conceptos que ha surgido en el cambio de la familia ha sido el de la custodia compartida, como forma de ejercer la paternidad o maternidad conjuntamente entre personas que tienen hijos comunes mas no conforman un hogar bajo el mismo techo, lo cual ocurre cuando se rompe o no ha existido cohabitación entre estos. Igualmente, la función del Estado en regular estas formas de reorganización y modificación de la familia no ha correspondido con algunas realidades sociales, por cuanto el legislador colombiano no ha regulado este tipo de escenarios, mientras que en otros países (como Chile o España) se ha hecho, sin embargo las regulaciones carecen de enfoque interdisciplinar, solo responden a criterios jurídicos, cuando la familia como institución que se compone de las individualidades de cada persona que hace parte de ella y requiere que desde la Psicología se aborde el componente psíquico y emocional, el propósito de este artículo es hacer un análisis desde la perspectiva de la protección integral a la familia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en la regulación Colombiana en el periodo 2006-2019 sobre la figura de la custodia compartida, para lo cual se ofrece a continuación, un artículo de investigación documental

¹ Artículo de investigación concluido, presentado para cumplir el requisito de grado dispuesto para acceder al título de especialista en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Universidad Católica Luis Amigo-Sede Medellín. Asesora: María Isabel Uribe López

² Psicóloga titulada de la Universidad Católica Luis Amigo, Especialista en gestión del talento humano. Contratista de la Alcaldía de Medellín. Correo electrónico luz.jimenezta@amigo.edu.co

³ Abogada de la universidad católica Luis Amigo. Correo electrónico Alejandra.roblesbe@amigo.edu.co

⁴ Abogada de la Universidad católica Luis Amigo. Correo electrónico roxanne.wardbr@amigo.edu.co

interdisciplinaria que da cuenta del análisis del objeto de estudio desde una perspectiva psicojurídica.

SUMMARY

One of the concepts that have emerged in the change of the family has been that of shared custody, as a way of exerting paternity or maternity jointly between people who have children in common but do not live under the same roof, which occurs when cohabitation between them is broken or has not existed, which supposes not only the distribution of tasks but also complexity for the establishment of referents of authority against children and adolescents who every day respond to parenting and interaction schemes. Social, which do not conform to the schemes in which the parents were raised. Likewise, the role of the Government in regulating these forms of reorganization and modification of the family have not corresponded with the society, since the Colombian legislator has not regulated this type of scenario, while in other countries (such as Chile or Spain) It has been done, however, the regulations lack an interdisciplinary approach, they only respond to legal criteria, when the family as an institution what is made up of the individualities of each person who is part of it and requires the approaching from psychology the psychological and emotional component. The purpose of this article is to make an analysis from the perspective of the integral protection of the family and the best interest of the minor of the Colombian regulation in the period 2006-2019 on the figure of shared custody.

PALABRAS CLAVES: Custodia compartida, Interés Superior del NNA, Intervención interdisciplinaria, Cuidados personales, Operadores de Justicia, Legislación foránea, Dinámica familiar, Jurisprudencia, Síndrome del niño maleta, Síndrome de alineación parental.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, el concepto de custodia compartida solo se comprende como una construcción jurisprudencial y doctrinal, donde ambos padres ejercen de forma conjunta sus derechos y deberes, con base al dialogo y la comunicación constante en pro de la crianza de los hijos, estando separados de cuerpos y domicilios, sin embargo, en sentido estricto no se ha regulado tal concepto, y ello genera problemas desde la intervención psicojurídica de la familia, por cuanto el rol del juez y de las autoridades judiciales varía de acuerdo a cada caso

Lo anterior, representa un problema en los casos donde se debe establecer, por voluntad de los padres o incluso por mandato judicial, un régimen de derechos y obligaciones en pro de la concurrencia de los padres en el proceso de custodia, y que el asunto no es objeto de estipulación legal, donde incluso la constitución de una custodia compartida establecida a partir de la voluntad de ambos padres representa complejidades desde la manifestación de los acuerdos, que no siempre responde al deber ser, y es allí donde la intervención psicosocial concomitante y posterior a la regulación del régimen de custodia compartida se hace necesaria y vigente, máxime que esta figura es carente de regulación más no prohibida, y ha sido reconocida como una opción a la luz de algunos conceptos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Si bien en Colombia, la custodia compartida no se encuentra regulada, la Corte Constitucional en la sentencia T-384/2018 la define como esa situación en la que a los padres “(...) les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos”. En consecuencia a ello, en Colombia el acuerdo de custodia compartida, se podrá celebrar por medio de una conciliación entre ambos progenitores, y en caso de que no se llegue a un acuerdo entre las partes, será el juez competente quien en cada caso en particular decidirá el acuerdo más beneficioso para el niño, niña y adolescente (NNA); pero pese a ello, la información y las referencias obtenidas en el desarrollo de la investigación, dan cuenta de la ausencia de estudios con enfoque interdisciplinar, la bibliografía habla desde el deber ser y la realidad jurídica, sin dar un rol protagónico al conocimiento psicosocial, tan necesario para comprender e intervenir adecuadamente las particularidades y retos que supone la dinámica de cada familia.

La custodia compartida se ha asociado a la responsabilidad parental, conforme lo señalan Estrada, Claros & Zuluaga (2011), sin embargo, en todo tiempo hacen un abordaje netamente jurídico, y en contraposición de lo anterior Castillo & Morales (2017) enfocan el problema solamente desde el punto de vista de la sociología, advirtiendo que la discriminación contra los padres y algunos movimientos feministas abogan por un replanteamiento del concepto alrededor de la custodia compartida.

Para el derecho de otros países, tampoco ha sido ajena la problemática, y es en este punto donde resulta preciso citar a Paredes & Silva- Gavilanes (2015), quienes afirman que el concepto de custodia compartida llama la atención a nivel mundial y de las sociedades "... ya que de esta manera los padres divorciados o separados pueden estar al tanto de los cuidados y necesidades que sus hijos requieran en igualdad de condiciones, sin necesidad de generar conflictos entre ellos." (p. 19)

Por lo anterior, las autoras han planteado como objetivo general de la investigación el análisis psicojurídico del concepto de custodia compartida en la legislación colombiana en el periodo 2006-2019, aplicable para procesos administrativos y judiciales, lo que requiere en términos de metodología de la investigación, primeramente establecer cómo se ha entendido la custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes a partir de las normas, la jurisprudencia y la doctrina colombiana, y a continuación se propone un análisis del alcance de la definición de custodia compartida del niño, niña y adolescente en Colombia desde una perspectiva psicojurídica. Para el efecto, es preciso establecer cómo se ha entendido la custodia compartida de los niños, niñas y adolescentes a partir de las normas, la jurisprudencia y la doctrina colombiana, y luego de ello, debe analizarse el alcance la definición de custodia compartida del niño, niña y adolescente en Colombia desde una perspectiva psicojurídica, donde se establezca la necesidad no solo de modelar el concepto, sino las formas de intervención a la familia y con ella en favor de los NNA.

Agotado el estudio del concepto de custodia compartida en Colombia y los problemas de consagración legal que enfrenta, se ofrece al lector un análisis desde el derecho comparado

con legislaciones foráneas, y a continuación se indaga sobre el abordaje psicosocial de las problemáticas de la familia como forma de trabajo en equipo que responde a las necesidades de la sociedad en general, dando respuesta con ello al problema planteado, por cuanto queda en evidencia que el acompañamiento psicosocial no es solo concurrente a la fijación de las obligaciones paterno filiales sino posterior a la estipulación de dichas prerrogativas.

Todo lo planteado, persigue como finalidad máxima aportar conocimiento y fundamentos a la investigación en materia de intervenciones psicosociales en el derecho de familia, objeto de estudio que no cuenta con referentes sólidos, pero que se precisa en aras de responder efectivamente por parte del Estado a las necesidades de la familia, donde el conocimiento de la psicología y el derecho puede ser materializado en pro de generar estrategias de mejoramiento común.

DISEÑO METODOLÓGICO

La investigación formulada, fue desarrollada desde un enfoque interdisciplinar, por cuanto se comprende que el derecho de los Niños, niñas y adolescentes (NNA) no se puede debatir meramente desde la esfera jurídica, sino que requiere un análisis holístico donde se estudie la persona desde diferentes perfiles, debido a la singularidad física, emocional, mental e intelectual de cada individuo. En tal sentido, la investigación formulada se desarrolló bajo el método cualitativo, respecto del cual afirma Álvarez- Gayou et al. (s.f.), que este “puede ser visto como un término que cubre una serie de métodos y técnicas con valor interpretativo que pretende describir, analizar, descodificar, traducir y sintetizar el significado, de hechos que se suscitan más o menos de manera natural”, definición que complementa Vera (s.f.), al afirmar respecto a la metodología cualitativa de la investigación, que es su objeto de estudio “las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema. La misma procura por lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular” (Vera, s.f., p.2)

Los autores citados, dejan en evidencia que la investigación adelantada por las investigadoras, se encuadra como cualitativa, al indagar en su desarrollo por soluciones y propuestas conceptuales a partir del análisis de los objetos de estudio, es decir, la custodia compartida como concepto imperfecto en la legislación Colombiana y el derecho de los NNA, de cara a las actuales lógicas de la familia y la amplificación de sus formas, respecto del ideario original nuclear propuesto por el texto original del artículo 42 Constitucional.

Por lo anterior, debe indicarse que esta investigación es de carácter documental, por cuanto se hizo uso de la información preexistente para modelar la hipótesis del problema y procurar dar una respuesta teórico tentativa al objeto investigado, obteniendo de dicho relevé de información elementos suficientes para responder a la pregunta formulada, acciones investigativas que encuentran fundamento en lo planteado por López (2011), quien asegura que “ante la avalancha permanente de nuevas producciones escritas, orales y visuales, se hace necesario recurrir a algún tipo de metodología que nos permita intentar comprender, ordenar, clasificar, categorizar e interpretar la información recopilada”. (López, 2011, p. 228)

Concluye el citado autor su idea sobre la investigación de carácter documental, afirmando que esta parte de la necesidad de los autores de retornar a las fuentes originarias del conocimiento en lugar de citar varios autores, que han tomado esas ideas para sí, reconociendo incluso que el análisis documental de la información es una metodología de recolección de información propio de la investigación cualitativa (López, 2011, p. 228), quien se decanta por precisar respecto a la investigación documental que

Es la manera como el investigador se propone abordar los datos para estudiar el tema central de su interés. El hecho de adoptar la perspectiva cualitativa no es para eludir cualquier tipo de manejo de datos o similares, sino por qué el interés es más de carácter interpretativo y comprensivo buscando captar exhaustivamente lo que dicen los textos. Además, la lógica de la construcción del conocimiento se orienta justamente hacia lo interpretativo-comprensivo (López, 2011, p. 230).

Finalmente, se advierte que para alcanzar el objeto de la investigación, la información proviene de fuentes secundarias, principalmente jurisprudencia (decisiones judiciales de las Altas Cortes), normatividad Colombiana y extranjera, así como documentos, revistas de contenido científico, libros de texto y otras fuentes de consulta de rigor científico de corte jurídico y psicológico, y todas esas fuentes secundarias de información, fueron analizadas y procesadas a través de fichas de lectura.

1. EL CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA DESDE UN ENFOQUE MULTIDISCIPLINAR EN COLOMBIA

Los cambios en la composición de la sociedad y de la familia, han dejado en evidencia la transformación social del rol de la mujer y del matrimonio como institución componedora de la familia, dando ello lugar a diversas modalidades de familia, donde la mujer ha entrado a conformar un rol protagónico como agente económico proveedor del hogar, donde incluso la entrada en vigencia de la Ley 25 de 1992 con la posibilidad del divorcio o la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, ha motivado el planteamiento socio jurídico alrededor del concepto de la custodia compartida, aspecto en que el Código Civil no corresponde con las necesidades sociales, siendo pertinente entonces abordar este concepto en las relaciones paterno filiales y su influencia en la estructura maleable de la familia.

Conforme a lo descrito previamente, la dinámica familiar se fragmenta, más no se extinguen los vínculos parentales y afectivos adquiridos durante el tiempo de convivencia, tal como lo manifiesta Giraldo Arias (2018), quien exalta de las relaciones familiares, que mientras los vínculos maritales se disuelven, los paterno filiales no, destacando por demás que “los cónyuges serán ex cónyuges, pero no ex padres, los miembros de la pareja deben redefinir sus roles tras la separación en un contexto caracterizado por intensas emociones contrapuestas,”. (Giraldo, 2018, p.107), prosiguiendo la autora con su argumento, indicando que es deber de los padres regirse desde el deber ser a partir de la coparentalidad, citando para el efecto el artículo octavo de la Ley de Infancia y Adolescencia (Giraldo, 2018, p.107)

En igual sentido, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha referido respecto al concepto de custodia compartida, que este tiene fundamento en los deberes legales que la ley impone a los padres, donde se encuentra incluido el deber de cuidado de los NNA por mandato legal en favor de sus padres, pero que sin embargo en los casos donde haya ruptura de la unidad familiar, es competencia del juez determinar a conveniencia del NNA cuál de los padres o parientes próximos debe asumir el cuidado. (ICBF, 2017).

En tal sentido, es preciso indicar que ya para el año 2015, el Instituto Colombiano de Bienestar familiar se había pronunciado respecto a la custodia compartida, encontrando que ese tipo de acuerdos de comunidad de responsabilidad compartida y conjunta de los derechos y deberes que la ley impone a los padres carece de consagración expresa en Colombia y sin embargo la misma no es ilícita. (ICBF, 2015)

Cabe aclarar, que en Colombia la aplicación de estos dos conceptos de custodia y cuidado personal tienden a confundirse como una misma definición, al momento de delegar funciones parentales, puesto que se le da una inadecuada aplicación por parte de los operadores de justicia lo que puede conllevar a que se vulneren los derechos tanto de los niños, niñas y adolescentes como de los padres, situación que no solo se presenta en el derecho Colombiano, dando cuenta de ello Santos (2015) quien afirma que “la guarda y custodia normalmente se incluye dentro de la patria potestad, es necesario diferenciar ambos conceptos, en el ámbito de las crisis matrimoniales, puesto que es cuando, por lo general, se aprecia claramente que se trata de figuras distintas” (Santos, 2015, p. 15), y es en el ejercicio de la guarda y la custodia compartida que hay que precisar que “El divorcio disuelve el matrimonio, pero no la familia. Eso hace que los componentes de la ex pareja deban redefinir sus roles en un contexto caracterizado por la existencia de emociones intensas y contrapuestas” (Yárnoz-Yaben, 2010)

Si bien es cierto a la luz del estudio doctrinal del derecho, el concepto de custodia compartida se desarrolla y en legislaciones foráneas ha logrado una regulación expresa, en el contexto Colombiano incluso las Altas Cortes han encontrado que este concepto es una creación donde la realidad social desborda los elementos ya legislados en materia de protección a la infancia y la adolescencia, y es en tal sentido que la Corte Suprema de Justicia, al estudiar un fallo de impugnación frente a acción de tutela, procede a afirmar respecto al concepto de custodia compartida que dada la ausencia de regulación expresa, no supone la ilegalidad de la custodia compartida, siendo esencial que en todo caso la satisfacción de los intereses de NNA, incluyendo las afectivas, ya que ello es “connatural a la progenitura responsable” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC12085—2018)

Destaca esta corporación, que la prevalencia del vínculo filial sobre el conyugal es uno de los elementos a tener en cuenta respecto a las valoraciones que se hagan, por cuanto los sentimientos entre los padres deben trascender, y es allí donde la citada sentencia se encauza aplicada a derecho, por cuanto en la actuación judicial se motiva la prevalencia de derechos y el principio del interés superior de los NNA, tutelado por el artículo 44 Constitucional, la Ley 1098 de 2006, la Convención de los Derechos del Niño, y otros instrumentos internacionales en materia de protección a los derechos de la infancia, de los cuales destaca Duarte (2015) la observación número 12 del Comité de los Derechos del Niño, que obliga a la familia y al Estado a agotar las estrategias metodológicas que se plantean en el articulado de dicho texto, con el fin de asegurar mediante prueba pericial para fines de determinar que su voluntad no está viciada. (Duarte, 2015, pg. 14-15)

Lo afirmado anteriormente, encuentra respaldo jurídico Constitucional, en la Sentencia T-384 de 2018, la cual pone de manifiesto frente al concepto de custodia compartida que

Si bien en Colombia no existe una regulación integral sobre la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores, lo cierto es que a partir del entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales (art. 5,

42, 44 y 93 de la C.P.), legales (art. 253 del Código Civil y arts. 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia) y convencionales (en especial, Convención sobre los Derechos de los Niños), es viable afirmar que los padres pueden suscribir acuerdos de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos. (Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-384 de 2018)

Continúa con la fundamentación de este concepto la Corte Constitucional, afirmando que el establecimiento de los acuerdos de custodia compartida, representan para la sociedad instrumentos de pacificación de los conflictos, por cuanto son “herramientas jurídicas civilizadas” cuya tendencia es el aseguramiento y protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, que incluso al admitir trámite conciliatorio por vía del procedimiento reglado en la Ley 640 de 2001, debe procurarse no solo por los padres, sino por el funcionario conciliador y por el Defensor de Familia que en todo tiempo se mantenga avante el mandato de velar por una tutela integral de un goce, ejercicio y titularidad pacíficos de los derechos que se reconocen a los NNA en la legislación, la jurisprudencia y la Constitución, superiores a los intereses y valoraciones de los padres.

Afirma en la misma sentencia la Corte, que, en ausencia del acuerdo de los padres, la función proteccionista recae en el Juez de Familia, a partir del principio Pro Infans, y luego de valorada la prueba establecerá si la custodia es monoparental o compartida, con las cargas y derechos que ello suponga en cada caso concreto (Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-384 de 2018)

Lo anterior, encuentra respaldo en lo consagrado en la Sentencia T-587 de 2017, en la cual la Corte Constitucional aborda la custodia compartida como un derecho bidireccional, donde la autoridad judicial no puede desconocer los dictámenes periciales de profesionales intervinientes en procesos administrativos de familia. En igual sentido, Mercado (2018) reitera que en otras legislaciones, se parte del principio del interés superior de los NNA para

fijar las reglas de la custodia compartida, y que en Colombia si bien no goza de regulación legal, su rogación tiene cabida en el ordenamiento jurídico a partir de la aplicación del artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia y el artículo 44 Constitucional, en el marco del trámite de un proceso verbal sumario, que admite incluso medidas cautelares (Mercado, 2018, p. 34). Sin embargo, es tan complejo el asunto alrededor de su regulación, que Bautista (2011) indica que es necesario el establecimiento de los intercambios de domicilio, y que estos pueden resultar contraproducentes desde el arraigo personal, social y familiar, pudiendo ser expuesto el NNA a vulnerabilidades quizá injustificadas, lo que demanda un estudio de cada caso a profundidad (Bautista, 2011, p. 88)

Puede concluirse entonces, que el concepto de custodia compartida, si bien no se va a definir conceptualmente por las autoras, se puede predicar que tiene un origen dual respecto a su causa jurídica, por cuanto puede originarse en la autonomía de la voluntad de los padres en ejercicio de la crianza, o también en la decisión de asignación de roles y responsabilidades bien sea por mandato de funcionario administrativo competente o de autoridad judicial investida de poder para el efecto.

1.1. La custodia compartida en la legislación foránea.

Con la finalidad de comprender la figura jurídica de la custodia compartida se hará alusión a como es concebida en otros países tales como: España y Chile.

En España, a partir del año 2005 se empezó a aplicar una nueva ley en la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, además de exponer conceptos respecto a la guarda compartida o como lo llamamos en Colombia “custodia compartida”, disponiendo dicha ley que la guarda es uno de los elementos que compone el ejercicio de la patria potestad, indicando además que la guarda “es parte del contenido (una de sus funciones) de la patria potestad, que a su vez puede comprender los deberes de velar por los hijos, el de convivencia, alimentación y educación”. (Ley 15 de 2005; Reino de España)

Teniendo en cuenta esta nueva ley, que fue tomada con base a la que aplica el gobierno francés, se presentan una serie de ventajas respecto a la guarda compartida para los hijos y sus padres, dentro de las que se destaca el rendimiento escolar, la prevención de problemas psíquicos, el manejo de las relaciones interpersonales, e incluso se afirma desde la doctrina que “evita problemas psíquicos y reduce el estrés psicosomático, produce menos interferencias de nuevas parejas de los progenitores, e incluso disminuye las probabilidades de maltrato físico.” (Tena- Piazuolo, 2006; p. 34-35)

Lo anterior, se complementa con los principios de la Custodia Compartida que plantea García Gómez (s.f.): la corresponsabilidad parental, la igualdad entre los progenitores y la coparentalidad o garantía de comunidad (p.3) los cuales no solo materializan el derecho del NNA, sino que permiten a los padres una concurrencia activa.

Por su parte, en Chile al hablar de la titularidad del cuidado personal de los hijos, esta es concebida con dos principios rectores indispensables en este tipo de casos: el primero, el interés superior de los hijos y el segundo, la corresponsabilidad de ambos padres. Anteriormente, el mismo código civil chileno en su artículo 225, establecía que “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”, mientras que, en la ley actual, “la atribución es, en primer lugar, convencional, y, en subsidio de acuerdo entre los progenitores, se establece que los hijos permanezcan con quien están conviviendo (artículo 225 inciso 3° CC)”. (Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005; República de Chile) A partir, de esta nueva reforma, el juez que esté a cargo del establecimiento del régimen y el otorgamiento del cuidado personal de los hijos, deberá hacer un estudio más exhaustivo que dé cumplimiento de lo establecido en dicha norma, advirtiendo en este sentido Quintana (2014) que en los casos donde media la custodia compartida, es de capital importancia observar el arraigo como criterio de valoración, con el fin de garantizar los procesos de sociabilidad del niño o niña (Quintana, 2014, p. 243), describiendo además Acuña (2013) respecto a la regulación de la custodia compartida en el Derecho Chileno que es una figura novedosa que introduce el ordenamiento jurídico, por cuanto se orienta a los padres y se brinda las

herramientas para transformar las relaciones interpersonales y los esquemas de la familia, cuando los progenitores no conviven (Acuña, 2013, p. 21)

Bones & Moncerrate (2014) han descrito respecto a la custodia compartida en Perú que este concepto no existe, y que la “tenencia” de los hijos solo puede estar en cabeza de un solo padre, advirtiendo que incluso la legislación peruana sanciona a la mujer adúltera privándola de la custodia y por ende, de los cuidados de sus hijos (Bones & Moncerrate, 2014, pg. 39-40), pero destacan las mismas autoras en el texto, que en el caso de Ecuador, ocurre lo contrario, por cuanto se ha ratificado la Convención Internacional de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la cual zanja el problema indicando que en principio, el deber de protección recae en los padres, y que en caso contrario es el Estado quien debe regular el régimen de custodia, que solo podrá ser oponible por la autoridad judicial cuando medien circunstancias de violencia intrafamiliar o vulneración grave de derechos (pg. 41-44)

En este orden de ideas, siguiendo a una de las pioneras del derecho de infancia, la autora Lathrop, citada por Rondón (2018) a partir de sus aportes del moderno derecho de la infancia, basada en el pleno desarrollo de la personalidad de los niños, niñas o adolescentes ligados a los principios democráticos de sana convivencia donde la función educadora de los padres es una facultad manifiesta de la patria potestad y se esperaría fuera de manera igualitaria, poniendo en práctica la corresponsabilidad de manera equitativa, así estos padres tomen decisiones frente a su proyecto de vida y asuman divorciarse o separarse no los exime de sus responsabilidades parentales, e implica que debe prevalecer que los niños se sientan escuchados cuando tengan que optar por medidas frente a la custodia y cuidados, en las cuales debe prevalecer el derecho superior del niño, niñas y adolescente.

Este moderno derecho, abre la posibilidad de dar un giro de inclusión dejando atrás sistemas tradicionales donde el padre no custodio, se aleja del sentir cotidiano de su hijo, y como este criterio está siendo valorado por los Tribunales Chilenos a la hora de enfrentarse a situaciones de esta índole como es el cuidado personal.

2. EL ALCANCE DEL CONCEPTO DE CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA DESDE LA PERSPECTIVA PSICOJURIDICA

Este acápite, tiene como objetivo poner en conocimiento del lector diversas acepciones del concepto de la custodia compartida a partir de las construcciones jurídicas, psicológicas y psicojurídicas que se han dado en contextos de otros Estados donde la norma escrita es fuente de Derecho, y que guardan relaciones en términos históricos con las problemáticas, los contextos y la evolución normativa del contexto Colombiano; asimismo, se pretende entonces dar a conocer algunas de las implicaciones y efectos colaterales desde la psicología, de la falta de un ejercicio de la custodia compartida consciente y responsable, asunto que observan en la actualidad los profesionales de la psicología con especial preocupación, por las repercusiones en la consolidación de referentes de disciplina en la sociedad, lo que ello representa en el apego a las normas básicas de la convivencia en comunidad y la forma como el ser humano se plantea como persona y deja en un segundo plano su rol paterno o materno, generando eso un desapego a la función de la familia como institución marco de la crianza y del ciudadano.

Es preciso advertir al inicio de este acápite, que, desde la misma legislación en materia de protección a la familia, la infancia y la adolescencia, se ha reconocido que los niños, niñas y adolescentes (NNA) no pueden ser observados por las autoridades, ni por la familia ni por la sociedad como meros titulares de derechos en el sentido formal, sino que a la par deben ser comprendidos como seres con individualidades y especificidades desde el género, las habilidades, las competencias cognoscitivas, artísticas o de otra índole, así como desde la individualidad psicológica y su percepción de las situaciones de la vida, a punto tal que las entidades administrativas que tutelan los derechos de los NNA de forma preferente, como lo son las Comisarias de Familia y las Defensorías de Familia, deben contar por mandato legal con personal psicosocial que emita conceptos para efectos de las decisiones que se deban adoptar en pro de los derechos de los menores de edad.

La literatura que aborda las complejidades y paradigmas de la custodia compartida tiene como punto de partida los procesos de divorcio o suspensión de la vida en común de los cónyuges que a la par ejercen como padres y madres, lo cual resulta tener cierta razón porque esta es una de las formas de ruptura de la familia, sin embargo, olvida por ejemplo a los padres que nunca han ejercido como cónyuges o compañeros permanentes entre sí, a quienes igual les asiste el deber de fijar pautas y ejercer de forma conjunta la custodia respecto de sus hijos., necesidad que se complementa desde lo psíquico, con la teoría del apego como el establecimiento de lazos afectivos entre los seres humanos (Garrido, 2006)

Toda vez que en Colombia, no existe un concepto normativo en sentido estricto de la custodia compartida, es preciso remitirse al sistema jurídico español, donde se comprende la custodia compartida como una modalidad de la custodia de los padres, Catalán et al (2007) han discriminado las tipologías de custodia existentes a la luz del contexto español, que enuncia la custodia exclusiva, alterna o repartida, partida y compartida, teniendo esta última dos variantes, la custodia compartida legal y la custodia compartida física, connotaciones que si bien pueden entenderse como formas de solucionar potenciales controversias, denotan un lenguaje materialista que. a la lectura de estos títulos de las categorías, guarda similitudes con modelos societarios y de acciones de compañías y empresas.

Las anteriores categorizaciones, requieren ser estudiadas a fondo para su comprensión, y la primera de ellas es la de la custodia exclusiva, donde se impone toda la carga del cuidado a uno de los padres, mientras que al otro solo se le fija un régimen de visitas; sin embargo, en el contexto colombiano ello resulta poco plausible por cuanto rompe con el principio de igualdad de derechos y deberes que la ley impone a los padres, generando una situación gravosa para el padre que asume la custodia, no solo en términos jurídicos, sino en términos de crianza, debido a que el padre que cuida puede llegar a concebirse como el modelo de autoridad, y al padre que solo visita se le puede concebir por el NNA como un padre más liberal y permisivo

Catalán Et Al. (2007) define la custodia repartida o alterna como “la que se permite a cada uno de los progenitores tener a los hijos durante un período del año, durante el cual ejerce plenos derechos de custodia, teniendo un régimen de visitas en el período restante” mientras que a continuación, definen la custodia partida como “en la que se atribuye la custodia de uno o varios de los hijos a un progenitor y el resto al otro” (Catalán Et Al, 2007, p 134). Frente a estos conceptos, es necesario indicar que, en la lógica de la legislación colombiana vigente, podrían ser regímenes excepcionales, siendo en tal caso la regla general el establecimiento de un único domicilio, por cuanto aplicar los regímenes propuestos por el autor como regla general supone una inseguridad jurídica para los NNA en cuanto a la fijación de un hogar estable y el arraigo al contexto social, cultural, familiar y educativo.

En cuanto al concepto de custodia compartida, previo a su análisis conceptual, es necesario observar lo afirmado por Villela (2018), quien en clave del contexto Español, afirma que en el país ibérico se ha revertido paulatinamente la tendencia histórica del cuidado exclusivo de la madre para con los hijos, pasando muchos padres a solicitar ante los juzgados competentes la fijación de regímenes de custodia compartida e incluso de cuidados personales del progenitor masculino para con sus hijos, y si bien la autora alaba ello como una evolución del rol paternal, deja en evidencia el aumento de casos del síndrome del niño maleta, que no es más que el proceso de cambio permanente de hogar de residencia del NNA entre los domicilios de sus padres (asunto que será tratado a profundidad más adelante) afirmando al respecto que

Los menores que sufren este síndrome muestran inestabilidad e inseguridad debido al continuo ir y venir de casa en casa, sin llegar a conseguir un clima adecuado para su desarrollo o una rutina estable. Esta situación se traduce a largo plazo en problemas escolares y de conducta que pueden generar trastornos graves. (Villela, 2018, s.p.)

Y es en el proceso de crianza y educación de los NNA que se hace necesario no solo observar su protección a la luz de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, sino además

dimensionar aspectos desde el componente psicológico, con el fin de minimizar factores de riesgo en la crianza asociados a problemas de conducta, ausencia de respeto por referentes de la norma, donde siempre se fomente no solo el respeto por la autoridad paternal, sino que se incentiven de forma adecuada las competencias y responsabilidades de acuerdo a la edad y a las condiciones particulares de cada NNA como sujeto no solo de derechos, sino también de deberes.

2.1. La custodia compartida desde la perspectiva psicojurídica

Para comprender el impacto de la fijación de regímenes de custodia compartida y otras modalidades de custodia, como construcciones a las cuales los NNA se deben acostumbrar ante la ruptura o la inexistencia del núcleo familiar compuesto por los padres, es preciso citar a Giraldo Arias (2017), quien parte de la premisa de la existencia de un duelo, una deconstrucción, pérdida y desapego del patrón convencional de familia al cual el NNA se había acostumbrado como espacio marco de su interacción, protección y desarrollo, identificando esta autora los cinco elementos o ideas centrales del apego, que a su criterio influyen en el NNA, los cuales son

- a) componente básico de la naturaleza humana, presente en forma embrionaria en el neonato, b) tendencia a establecer lazos emocionales íntimos con individuos determinados c) los lazos se establecen en la infancia con los padres (o padres sustitutos), a los que se recurre en busca de protección, consuelo y apoyo, d) los lazos persisten pero son complementados por nuevos lazos durante la adolescencia y la vida adulta, y e) el vínculo prosigue a lo largo de la vida adulta, hasta la vejez (Giraldo Arias, 2017, p. 105)

Arce, Fariña, Serjo & Vázquez (2017) han planteado como una estrategia de intervención frente a la custodia compartida y sus efectos en los NNA, la aplicación del concepto de

justicia terapéutica, entendido como la aplicación de procesos de acompañamiento terapéutico, como parte integrante del proceso legal, para efectos no solo de una adecuada intervención en la protección al derecho, sino para humanizar el proceso judicial, bastante deshumanizado de por sí, lo que da cuenta de una corriente que se denomina Comprehensive Law, donde no solo se aboga por impartir justicia, sino por comprender los conflictos, en especial los conflictos familiares como una norma general, concluyendo al respecto los autores que, “En definitiva, la TJ facilita las separaciones colaborativas y amistosas que permiten proteger y potenciar el bienestar de todos y mantener relaciones de coparentalidad positiva” (Arce, Fariña, Serjo & Vázquez, 2017, s.p.)

Estos esquemas, en el marco del abordaje psicojurídico de la familia en Colombia resultan llamativos desde el deber ser jurídico, sin embargo solo son postulados, que en la actualidad no se aplican de plena forma, pese a la intención de intervención integral a los conflictos de la familia a la luz de la Ley de Infancia y Adolescencia, teniendo en cuenta que no solo se necesita educar a los hijos, sino también educar a los funcionarios de las dependencias administrativas y judiciales y a los mismos padres y madres.

2.2. Evolución histórica de la custodia compartida

Concepciones en la familia como el divorcio o la procreación sin vínculo matrimonial pero con responsabilidades conjuntas, datan en la bibliografía disponible a partir de la segunda mitad del siglo XX, donde en legislaciones como la chilena, argentina y española se apelaba por la custodia única a favor de la madre, aplicando a lo que se denomina criterio de preferencia, y en este sentido es preciso recurrir a las fuentes del Derecho, que tienen su origen en Roma, donde solo el hombre podía ser ciudadano quedando la mujer relegada a la reproducción, conservación, cuidado y establecimiento de la prole siempre bajo la tutela del Pater Familiae

Dicha práctica de prevalencia del derecho del varón se mantuvo a lo largo de mucho tiempo, indicando en tal sentido Pérez-Contreras (2006), que uno de los criterios establecidos era la necesidad de disciplina, que se entendía que la madre carecía de poder disciplinario, sobre todo frente a los hijos hombres, siendo reducida la mujer a una figura decorativa (p.503)

Posteriormente, dicha dinámica fue variando, y el cuidado de los hijos se dejaba a cargo de la madre, por cuanto se consideraba que era la idónea por su naturaleza de cuidado respecto de la prole, retomando el ideal del derecho romano pero re concebido, situación que se mantiene en la incertidumbre jurídica y con la lógica de cada Estado, pues mientras Pérez-Contreras sostiene que la línea del Derecho mexicano apunta en todo el siglo XX al cuidado a cargo de la madre, es decir, la custodia en su cabeza. Para el contexto español, Gómez-Rubio (2018) recuerda que el Código Civil Franquista mantenía a los niños y niñas con su madre hasta los siete años, pasando luego al cargo de su padre, salvo circunstancias realmente excepcionales, y que dicha disposición legislativa se sustituye en el Código Civil de 1981, dejando a los padres desprovistos de todo derecho a la custodia, por cuanto esta norma solo protege a las madres en cuanto a lo que respecta a la posibilidad de no ser separadas de sus hijos (Gómez- Rubio, 2018, p. 17).

Sin embargo, en el marco de la perspectiva de género, actualmente puede analizarse el postulado de Gómez – Rubio desde dos posturas, desde la protección del derecho a tener los hijos a su lado, o bien la imposición de la ley para aquellas madres que entonces no desearan ejercer el cuidado personal de los NNA, o que aun queriéndolo ejercer, las expusiera a fenómenos de violencia económica derivado de las pensiones alimenticias, asunto que demanda un análisis a profundidad en otro escenario investigativo, pero que deja en evidencia el rotulo de la madre como cuidadora de la prole y que entra a contraponerse con las nuevas concepciones de la maternidad donde el proyecto de vida de la mujer no se vuelca a tal rol, sino que ocupa un lugar sin perjuicio de otros roles en la familia y la sociedad.

2.3. Problemas comunes del ejercicio de la custodia compartida

Se ha observado hasta el momento, que no son pocos los asuntos que son objeto de análisis y debate a la luz del derecho en torno al ejercicio de la custodia compartida, y en este sentido Rivero (2016) ha identificado algunos de ellos, que revisten un grado de mayor o menor complejidad según las circunstancias particulares, y es en tal sentido que la autora identifica que se presentan complejidades en asuntos como la vivienda familiar, las pensiones de alimentos (o cuotas de alimentos en el contexto Colombiano), la distancia entre los domicilios de los progenitores y sus efectos en el establecimiento de relaciones del menor de edad (NNA en Colombia) con el padre con el cual no convive, la disponibilidad de los padres para atender las necesidades de sus hijos y la audiencia del menor de edad (derecho a la escucha de los NNA ante la entidad administrativa o judicial), por cuanto en estos asuntos se interponen los proyectos de vida y el *modus vivendi* de cada uno de los padres en el ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad, las necesidades ordinarias de establecimiento y empleo y en general, su desenvolvimiento normal, pueden colisionar con el derecho de los NNA en relación al establecimiento de vínculos familiares (Rivero, 2016, pp. 41-48) , lo cual es reafirmado por las teorías de Barcia - Lehmann (2018)

La fuente citada en el párrafo anterior, responde y fundamenta su análisis en el marco del Derecho español, el cual es en definitiva uno de los referentes de mayor desarrollo y evolución del concepto de custodia compartida en el contexto jurídico occidental de corte romano germánico, eventos que representan las dificultades identificadas, que puestos en perspectiva del Derecho Colombiano también encuentran un eco, ejemplo de ello, el establecimiento de la vivienda familiar del NNA, y como ello repercute en la formación del arraigo espacial, social e incluso cultural de los NNA, pues no va a ser el mismo desarrollo que se logra en los sitios de origen, que las variaciones y retos que supone, por ejemplo, la migración del NNA con uno de sus padres.

En cuanto a las cuotas de alimentos, la complejidad no solo se traduce en términos de la necesidad del dinero para el sufragar los gastos, sino también en la carga emotiva que supone

una contienda de los padres en sede judicial para la tasación de alimentos conforme a los criterios de capacidad y necesidad, y en general en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 411 y siguientes del Código Civil, en especial en aquellos casos donde la conciliación extrajudicial en derecho no logra sus cometidos, conforme a la Ley 446 de 1998 y a la Ley 640 de 2001.

Aspectos derivados del proyecto de vida de los padres, y que influyen en el NNA, como lo pueden ser la distancia, la disponibilidad de tiempo y la escucha activa, tienen fundamento en lo afirmando por (Arce, Fariña, Serjo & Vázquez, 2017), quienes reconocen que incluso en países como Suecia, donde la equidad de género se encuentra moderada incluso por la ley, la regulación de la custodia compartida aun es baja, por cuenta de factores entre los que cabe destacar la incorporación de la mujer en el mundo laboral y la repartición de las labores domésticas, que pese a la mejora en las condiciones, aun son asimétricas y van en detrimento de la mujer (Arce, Fariña, Serjo & Vázquez, 2017, s.p.)

Con lo anterior, queda entonces en evidencia que el concepto de custodia compartida, si bien aún le queda mucho por hacer en términos de definición en el ordenamiento Colombiano, requiere además un análisis concreto de cada caso, con el fin de dar respuestas a cada situación particular, dado que no es lo mismo atender un caso donde el NNA no puede compartir con el padre que no habita cada cierto tiempo por razones de orden laboral, a razones de otra índole por ejemplo, los síndromes propios de la dinámica familiar disfuncional, los cuales dejan en evidencia la necesidad de regulación al respecto por parte del legislador como se mostrará a continuación, así como la adopción de protocolos de intervención en los casos de custodia compartida, con el fin de que la actividad de los funcionarios judiciales y administrativos puedan procurar estrategias de intervención integral tendientes a la mitigación de fenómenos de violencia y asegurar en todo tiempo el goce de derechos, y la salud física. Mental y emocional de los NNA.

2.4. El síndrome del niño maleta

En el manejo de los conflictos alrededor de la institución familiar, se ha comprendido que las afectaciones que supone la ruptura o la disfunción de la institución familiar no solo afectan la esfera material de las personas, sino que pueden tener efectos psíquicos de mayor o menor repercusión en razón a la individualidad de cada sujeto, y es allí donde las intervenciones, patologías y problemas de orden psicológico y conductual requieren especial atención en NNA, en la medida que aunque se debe intervenir en el problema y comprender el estado de vulnerabilidad, también es cierto que los límites de la disciplina se deben mantener.

El concepto del síndrome del niño maleta, se ha consolidado por un sector de la psicología como una patología que tiene origen en el plano de lo jurídico, y no es más que la ausencia de una residencia fija de un NNA, cuyos padres se han separado o no han conformado una unidad familiar basada en la conyugalidad, a punto tal que aún no existe un consenso en la psicología sobre su definición y el alcance de esto, incluso algunos profesionales y cuerpos colegiados le han restado importancia. Desde el punto de vista jurídico, Iglesias (2013) ha advertido al respecto que “En este caso, son los padres los que poseen su domicilio fijo, de manera que los hijos han de trasladarse al domicilio de cada uno de los progenitores en los períodos en que cada uno ejerce la custodia”, lo anterior, condicionado a que sea el mismo entorno existente antes de la ruptura matrimonial (Iglesias, 2013, p.79)

Sin embargo, manifiesta la autora que a la luz del Derecho Español esta solución se torna como compleja, incompleta y por demás, vulneradora de los derechos de los menores y frente a este fenómeno, retoma la autora como una posible solución planteada en un congreso de abogados y magistrados de Familia, propuesta que formula abogar por la compatibilidad geográfica de los padres, con el fin de reducir los perjuicios de adaptación social al momento de establecerse con un padre y con otro, indicando el autor que es exigencia de la Fiscalía General del Estado, que “los cónyuges o el Juzgador, como parte del contenido de las cautelas procedentes para eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, fijen el domicilio del menor a efectos de empadronamiento” (Iglesias, 2013, pp. 79-80)

Lo anterior, en Colombia podría encausarse jurídicamente a partir de la ampliación de las medidas cautelares, asunto que contiene el Código General del Proceso en su artículo 590, pero que requiere, al menos desde el deber ser jurídico, una labor judicial y administrativa proactiva donde se escuche la voluntad del NNA, puesto que como se observa hasta el momento, la decisión administrativa y judicial en el contexto español ha apelado es hacia las prerrogativas de los padres y no de los hijos.

Ya en el contexto de la psicología, como se planteó previamente, las opiniones sobre la clasificación del síndrome del niño maleta como una patología psicológica, tiene simpatizantes y opositores, opinando una parte de los psicólogos españoles, en especial los psicólogos de Gijón, quienes afirman que dicho síndrome en sentido estricto no existe, sino que debe hacerse un llamado al buen cuidado de los niños, donde no haya prelación de una de las figuras, sino unidad y uniformidad entre las mismas, aun cuando los niños o sus padres cambien de domicilio (Periódico la Nueva España, 2010)

Y si bien pareciera que el fundamento del cuerpo colegiado citado por la fuente tiene méritos suficientes, continúa el contenido del artículo citando la opinión del psicólogo Julián Cabañas, quien afirma que “«el divorcio es cosa de los padres y no de los hijos. El núcleo familiar tiene que seguir unido independientemente de donde vivan los menores»”, dando cuenta entonces de que la estabilidad del núcleo familiar precisa tiempo y estrategias de adaptación acorde a la escuela, (Periódico la Nueva España, 2010)

Lo que se observa como fundamento de la oposición, son conductas que dependen es de los padres mas no de los NNA en sí mismos, por lo que se considera que a la luz de la psicología jurídica, es necesario ahondar sobre el estudio de este síndrome, puesto que existen patrones de conducta asociados a una rebeldía, o más bien una apatía de la norma, que deben abordarse no solo por cuenta de los actos del padre o la madre, sino que interfiere en ellos la psiquis del NNA, en la actualidad se carece de fundamentos y estudios suficientes que permitan una

unificación sobre la clasificación de este síndrome como una patología en sentido estricto o si comporta otro tipo de fenómeno de observación y abordaje desde lo terapéutico.

.

2.5. El síndrome de alienación parental

En el marco del análisis del concepto de custodia compartida y sus efectos desde el enfoque psicosocial, se hace necesario recapitular desde la literatura de la psicología, uno de los conceptos más completos hallados en esta investigación es el propuesto por Herskovic, Maida & Prado (2011) quienes afirman que el Síndrome de Alienación Parental se caracteriza “por la presencia de una campaña de denigración hacia un progenitor previamente querido por el niño, la que se inicia instigando temor y animadversión injustificadas y que suele producirse durante el litigio por la custodia del niño” (Herskovic, Maida & Prado, 2011, p. 485)

Advierten las autoras, que el SAP supone un reemplazo a conductas de abuso físico, y que precisa entonces identificación y tratamiento interdisciplinar para su abordaje. Y en este orden de ideas, es especialmente llamativo el hecho no solo que se reconoce la injerencia de un adulto en la transformación de la conciencia de un NNA valiéndose de su condición de superioridad, o bien de sus sentimientos y valores respecto de las situaciones proyectados en el NNA, sino que se continua, al igual que en el concepto de custodia compartida, partiendo del divorcio como presupuesto inicial para el despliegue de las conductas, lo que reiteradamente se ha criticado, porque no solo son las personas divorciadas quienes ejercen estas conductas nocivas, sino que pueden provenir de padres que no han establecido en sentido estricto una familia ni han procreado sus hijos como resultado de un proyecto de vida común y en pareja, lo que nuevamente hace un llamado a repensar la familia desde las distintas disciplinas más desde el hecho biológico o jurídico que origina la filiación y no frente al matrimonio como fuente de todo ello.

En este orden de ideas, debe entenderse que el SAP por sí mismo, es consecuencia de un ejercicio de la custodia compartida por fuera de su ideal, por cuanto se generan fenómenos de violencia y distorsión de la imagen del otro, lo que denota una ruptura conductual respecto a lo que se pactara para el ejercicio de la custodia compartida, donde los sentimientos, emociones y percepciones del padre cuidador se pueden manifestar en contra del otro y reflejarse en el NNA, por lo que su estudio es pertinente en la medida que se rompe con el deber ser de la custodia compartida como concepto ideal derivado de la ruptura de la familia, pero que contrario a ese deber ser, la familia en la actualidad se enfrenta a conflictos de diversa naturaleza que en todo tiempo han de requerir, intervención psicojurídica, dando cuenta de ello Montaña (2018), quien afirma que “ La AP⁵ es vista como una práctica que viola derechos fundamentales de niños y adolescentes, en tanto que la CC ⁶aparece como un antídoto para la AP” (Montaña, 2018)

Finalmente, es también necesario destacar en este caso, que el reconocimiento por parte de los autores del requerimiento de estrategias de intervención multidisciplinarias, pone en evidencia la necesidad de que los abogados que intervienen en los procesos de familia trabajen de la mano con los profesionales de la salud mental, buscando no solo la protección especial de los NNA, sino que los procesos que se surtan tengan efectos en el corto, mediano y largo plazo, y que resulten en la formación de personas con criterio mental suficiente para manejar las situaciones del día a día, donde la familia es maleable, pero donde también se debe fomentar la salud mental y el ejercicio responsable de la paternidad y la maternidad, desde la prevalencia y protección de los derechos de los NNA, más allá de la provisión de alimentos.

2.6. La intervención interdisciplinaria frente a las complejidades del establecimiento de la custodia compartida

⁵ Alienación parental

⁶ Custodia compartida

Hasta el momento, ha quedado claro que las problemáticas alrededor de la institución familiar en Colombia, en especial aquellas asociadas con la custodia compartida, no les basta con el conocimiento jurídico para su total comprensión, abordaje y tratamiento, sino que se requiere de disciplinas tales como la psicología y el trabajo social no solo para dar cumplimiento al deber de protección integral de los derechos de los NNA conforme a la Ley 1098 de 2006 en su artículos 79 y 84, sino para que también dichas soluciones respondan a las necesidades sociales y particulares de cada caso, y no meramente al lleno de requisitos formales desde la intervención estatal.

Así las cosas, es preciso citar lo señalado por Palacios, Pulido & Ramos (2017), quienes han definido la intervención interdisciplinaria como “(...) el proceso que se produce a nivel interpersonal a través del cual los miembros de diversas disciplinas contribuyen a un objetivo común. La interdisciplinariedad es un tema de interés creciente en diferentes contextos” (2017, s.p.), reconociendo entonces los autores que son características del trabajo interdisciplinario ser “ dinámico, colaborativo, integrativo, vinculante, permite mezclar ideas y conceptos desde diferentes disciplinas y puede facilitar el trabajo en equipo y su eficiencia” (2017, s.p.)

La definición que plantean las autoras del texto anterior, deja en evidencia la pluralidad de conocimientos que se precisan para comprender los fenómenos humanos, donde los elementos orgánicos, psíquicos y conductuales juegan un rol determinante en el abordaje de cada caso y sujetos, como una suma de individualidades que deben colegir pero a la par ser respetadas en todo o parte de sus apreciaciones, y de cuyos saberes pueden desprenderse perspectivas desconocidas o indebidamente fundamentadas en el ideario de otros sujetos, con distintos saberes.

Sánchez (2004) ha concebido el concepto de la intervención interdisciplinar como una construcción propia de la necesidad social del ser humano, dada la imposibilidad de que desde una sola disciplina se den todas las respuestas, lo cual fundamenta en la pluralidad del

conocimiento (p. 66), pluralidad que puede ser entendida en el contexto del derecho de familia como la regulación por parte del ordenamiento jurídico de supuestos de hecho, donde las emociones y la conducta humana intervienen de forma particular, y donde desde la generalidad de la norma, no se puede desatender la singularidad de cada persona y de cada familia.

Como complemento de lo anterior, Bustelo (1995) ha señalado que el trabajo interdisciplinar “tiene un acento más de técnica que de intento de formulación de un modelo teórico con su propio lenguaje y metodología” (p.8), lo cual debe corresponder con las propuestas formuladas anteriormente por los otros autores, dado que la función de la intervención interdisciplinaria no es emitir teorías, sino dar soluciones, y en este sentido plantea el autor que la interdisciplina deviene de la complejidad de los objetos de estudio que precisan el conocimiento de varias disciplinas, y que “... La diversidad de abordajes lleva a un conocimiento más rico del objeto y en este camino cada disciplina se va redefiniendo. Los estilos de aportes desde cada campo de saber comienzan de este modo a transformarse, a incluirse mutuamente.” (Bustelo, 1995, p.6)

Lo anteriormente expuesto, encuentra fundamento en lo postulado por Quintero (2006), quien ha afirmado respecto a la institución familiar y sus complejidades, que la misma debe ser estudiada desde el enfoque multidisciplinar, ya que le reconoce como características si integralidad, multi causalidad, interdisciplinariedad, donde además está “trasciende fronteras y esquemas del pensamiento para dar lugar a estructuras y funciones insospechadas hace pocos años” (Quintero, 2006, p. 75)

En definitiva, puede concluirse de lo anterior, que el abordaje interdisciplinar que demandan los estudios alrededor de la familia no son una respuesta caprichosa a demandas particulares o normativas, sino que por el contrario son respuesta a la falta de eficacia que otrora pudiera tener la legislación, por cuanto no basta con la aplicación exegética de la norma, sino que se ha requerido que sean los miembros de la familia quienes sean escuchados, tenidos en cuenta

y que la situación de cada familia en el contexto, obtenga una respuesta jurídica pero a la vez satisfactoria.

CONCLUSIONES

El concepto de custodia compartida se corresponde con un modelo de familia no nuclear, donde prevalece el derecho de los NNA a que ambos padres concurren en su crianza de forma activa en ejercicio de sus obligaciones paterno filiales y es por ello que se presenta como una necesidad de regular en el campo de derecho de familia de regular la institución, con el fin de que las actuaciones interdisciplinarias de los jueces y funcionarios administrativos respondan en verdad al carácter flexible y maleable de la familia en la sociedad vigente, donde la paternidad y la maternidad no dependen en sentido estricto de las relaciones de conyugalidad entre dos personas que deciden conformar una familia, sino de las dinámicas sociales, interpersonales, afectivas y sexuales, de las cuales han surgido nuevas formas de familia en las que se debe procurar el derecho a mantener los vínculos familiares con los niños, niñas y adolescentes.

Se evidencian dos problemáticas que ponen de manifiesto sobremanera la necesidad de la regulación del concepto de custodia compartida, una de ellos tiene que ver con que este se menciona en la literatura jurídica, la jurisprudencia y otros textos sin conocerse a ciencia cierta su definición, y menos aún sus alcances, y el otro problema que comporta, es que si bien existe la regulación de esta figura en legislaciones más o menos similares a la colombiana (como Chile y España,) en cuanto a las fuentes del derecho, el contexto de la familia en Colombia puede tener variaciones culturales y jurídicas desde los derechos que se le reconocen, que se transmiten a la familia y varía la forma en que se debe intervenir; donde la comunicación debe ser asertiva dada la complejidad de las relaciones humanas, por cuanto deben los padres estar en contacto permanente para el efecto de materializar y decidir sobre los hijos, elementos, lo que deja claro a todas luces que desde el derecho colombiano debe definirse legalmente no solo el concepto, sino las condiciones para regular la custodia

compartida, el seguimiento a la misma, revisión y posible revocabilidad por causales de ley, definiendo los procedimientos judiciales o administrativos que se consideren para el efecto.

Es entonces necesario hacer un abordaje cada vez más profundo de los problemas de la familia desde la interdisciplinariedad, donde el trabajo social, la psicología, la psiquiatría y en general, las disciplinas que estudian e intervienen el comportamiento de los individuos y sus relaciones sociales, se establecen como grandes aliados de los operadores judiciales y administrativos, para efectos de responder a las reales necesidades de la familia, y no a mandatos deontológicos que en algunos casos pueden incluso ser contraproducentes.

La familia reclama del Estado intervenciones interdisciplinarias y eficaces dada su función educativa de los NNA como futuros ciudadanos en ejercicio, lo que demanda no solo que se provean los medios económicos para la manutención y el cuidado, sino además que se establezcan relaciones emocionales saludables, donde el hogar forme en valores, reglas y nociones de autoridad que brinden herramientas suficientes para que los NNA de hoy puedan ejercer plenamente sus derechos, y responda en mejor forma a sus deberes ciudadanos en el futuro, lo que demanda de la familia el establecimiento de diálogo constante, acuerdos, límites y el potencializar la convivencia armónica partiendo de la individualidad del pensamiento, con el respeto por las diferencias y conciliando las mismas, lo que consolida el concepto de custodia compartida como una oportunidad para su puesta en práctica desde el hogar.

Se requiere de una iniciativa legislativa que convoque a profesionales de diferentes áreas expertos en la materia donde a partir de un diálogo interdisciplinario se regule la custodia compartida como una posibilidad de las familias que no cohabitan en el mismo hogar, donde se brinden herramientas para abordar la misma desde un enfoque preventivo y terapéutico, y se ejerza una escucha activa del NNA por parte no solo de su familia sino del Estado, como garante máximo de sus derechos. Dicha iniciativa legislativa sin embargo no se puede tomar como regla general o como una norma que aplique por presunción legal ni de aplicación

inmediata, porque el ejercicio de la custodia compartida requiere un diagnóstico psicológico sobre la idoneidad y capacidad real de los padres para mantener una fluida comunicación, porque de diseñarse la norma sin una valoración previa y sin estrategias de seguimiento, rutas de prevención y atención a la familia puede dar lugar a que a través de la ley, se logre el objetivo contrario y haya lugar a conductas de violencia, que desarmonicen la familia y pongan en peligro de alguna manera a los padres y a los NNA.

En procura de dar manejo a situaciones familiares por la ausencia de mínimos de comunicación asertiva entre los padres, cabe resaltar el papel fundamental del trabajo interdisciplinario que posibilite restablecer aspectos favorables en la dinámica familiar, que promueva en los NNA las nuevas formas de familia e interacción con sus padres, previniendo en ellos responsabilización, culpas, que puedan conllevar a patologías como el Síndrome del niño maleta o el Síndrome de Alienación Parental (SAP), son algunos de los ejemplos de lo que no debe ser en la estructura psíquica y familiar de los NNA en Colombia, por cuanto en los NNA, implica la mayoría de las veces no solo la separación de sus padres, si no experimentar emociones ante una realidad que no están preparados para asumir, apareciendo en ellos estilos de vida diferentes, tiempos limitados, muchas veces desde la imposición de operadores de justicia y no por determinación consensuada entre padres. Sea entonces, está la oportunidad para dejar en evidencia que se ha logrado identificar que la custodia compartida en Colombia no cuenta con un concepto propio, y que se ha intentado vía jurisprudencia un acercamiento conceptual, pero que una vez analizadas las definiciones de otros países, se observa que ni siquiera se aproximan a la realidad los conceptos en cuanto a su ejecutoria práctica.

Así mismo, luego de estudiadas las necesidades de regulación del concepto de custodia compartida desde la perspectiva psicojurídica, puede afirmarse que la custodia compartida no es un modelo ideal para todas las familias, sino apenas una de las posibilidades de integración del NNA como sujeto parte de una familia, lo que deja en evidencia a todas luces, que el ejercicio de la paternidad y la maternidad no solo responde a una manifestación

económica, sino además emocional, intelectual e interpersonal, que no todas las estructuras familiares están en capacidad de abordar asertivamente.

REFERENCIAS

- Acuña San Martín, M (2013) Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. El principio de corresponsabilidad parental, 20 (2) [pp. 21-59]. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v20n2/art02.pdf>
- Álvarez- Gayou- J.L. et. Al. (2014) Revista XICUA. La investigación Cualitativa, 2 (3). Recuperado de <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/tlahuelilpan/n3/e2.html>
- Arce, R; Fariña, F; Seijo, D & Vázquez, M.J. (2017) Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. Anuario de Psicología Jurídica 27 (1). DOI <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>
- Barcia Lehmann, R. (2012) Custodia compartida de los hijos. Ius et Praxis.18 (2), pp.441-474. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n2/art16.pdf>
- Barcia Lehmann, r (2018) La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres Ius et Praxis 24 (2) [469-512] DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200469>
- Bautista Parrado, M.L. (2011). Riesgos que puede ocasionar en los menores de edad la custodia compartida (Tesis de Especialización, Universidad Libre sede Pereira). Recuperado de <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/handle/123456789/318>
- Bones Csstillo, S.L. & Moncerrate Macias, C.E. (2015) “Custodia compartida del Menor” Una alternativa exigida por la nueva realidad social. (Tesis de grado, Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil) Recuperado de <http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/550>
- Bustelo Eliçabe –Urriol, D.J. (1995) La mediación familiar interdisciplinaria. Recuperado de http://www.aieef.net/sites/default/files/u29/mediacion_familiar_interdis.pdf
- Castillo Bolaños, J. Morales Ortega, H. (2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas. Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Colombia. Recuperado de <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/educacion/article/view/2208>
- Catalán, M.J. et. Al (2007) Anuario de psicología jurídica. La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho 17 (1) [pp. 131-151]. Recuperado de <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/102997.pdf>
- Código Civil [Código] (2020) Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Código General del Proceso [Código] (2020) Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de Chile. (septiembre 23 de 2005) Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005; República de Chile. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177>

- Congreso de la Republica de Colombia (diciembre 17 de 1992) Por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política. [Ley 25 de 1992]. D.O. 40.693
- Congreso de la Republica de Colombia (Julio 7 de 1998) Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia [Ley 446 de 1998] D.O. 43.335
- Congreso de la Republica de Colombia (enero 5 de 2001) Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. [Ley 640 de 2001] D.O. 44.303
- Congreso de la Republica de Colombia (noviembre 8 de 2006) Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia [Ley 1098 de 2006] D.O. 46.446
- Congreso de los Diputados del Reino de España (Julio 8 de 2005) por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. [Ley 15 de 2005] BOE 163 del 9 de Julio de 2005
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión de Tutelas (septiembre 21 de 2017) Sentencia T-587 [M.P. Alberto Rojas Ríos]
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión de Tutelas (septiembre 20 de 2018) Sentencia T-384 [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]
- Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. (abril 19 de 2017) Sentencia STC5357 [M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2018) Sentencia STC1208 [M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]
- Duarte Gualdron, R (2015) Custodia compartida en Colombia. Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia) Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/55533/3/RosarioDuarte.2015.pdf>
- Estrada Jaramillo, L.M. Claros Guerra, L. Zuluaga Castaño, D.E. (2011). Protección judicial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia estudio de caso: la perspectiva de género en la custodia y cuidado personal. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín, Antioquia.
- García Gómez, V (s.f.) Estudio sobre la Custodia Compartida. Universidad de Córdoba. Recuperado de https://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/RJEUCO/article/viewFile/145/193
- Garrido Rojas, L (2006) Revista Latinoamericana de Psicología. Apego, emoción y regulación emocional. Implicaciones para la salud, 38 (3) [pp. 493-507] Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlps/v38n3/v38n3a04.pdf>

- Giraldo Arias, R (2011) Psicoterapia relacional e intervenciones sociales. La terapia de padres separados: Una forma de terapia en pareja basada en los vínculos, 37 (1). [pp. 103-126]. Recuperado de <http://www.redesdigital.com.mx/index.php/redes/article/view/244>
- Gómez, L (2011). Revista Vanguardia psicológica. La investigación documental, 1 (2). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4815129>
- Gómez- Rubio, S (2018) La nueva realidad del Derecho de familia: La Custodia Compartida (Tesis de Maestría, Universidad de Valladolid). Recuperado de <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/30975/TFG-N.951.pdf;jsessionid=612E6AE5F9DAA5AF690E789AF01EF9EE?sequence=1>
- Herskovic, V; Maida, A.M. & Prado, B (2011) Síndrome de alienación parental, Revista Chilena de Pediatría, 82 (6) [pp. 485-492.] DOI <http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062011000600002>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Julio 29 de 2015) Concepto 94 de 2015. Recuperado de https://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000094_2015.htm
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Noviembre 23 de 2017). Concepto 144 de 2017. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000144_2017.htm
- Iglesias Reina, M (2013) Custodia compartida y vivienda familiar (Tesis de maestría, Universidad Complutense de Madrid). Recuperado de https://eprints.ucm.es/23560/1/TFM_CUSTODIA_COMPARTIDA_Y_VIVIENDA_FAMILIAR_MARTA_IGLESIAS_REINA..pdf
- La nueva España (Julio 3 de 2010) Los psicólogos restan importancia al síndrome de los «niños maleta». Recuperado de <https://www.lne.es/gijon/2010/07/03/psicologos-restan-importancia-sindrome-ninos-maleta/937728.html>
- López Redon, C (2016) evolución de la custodia monoparental a la custodia compartida. análisis doctrinal y jurisprudencial (Tesis de grado, Universidad Autonoma de Barcelona). Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2017/176218/TFG_clopezredon.pdf
- Mercado Salazar, M.M. (2018). La guardia y custodia compartida (tesis de maestría). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Recuperado de: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12472/MariaMonica_Mercado_Salazar_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Palacios Espinosa, X, Pulido Roza, J & Ramos Zamudio, D. (2017) Intervención interdisciplinaria del paciente con dolor en Unidades de Cuidado Intensivo (UCI): Revisión de tema (Trabajo de grado, Universidad del Rosario). Recuperado de <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistasaluduis/article/view/6367/6940>
- Paredes, G & Silva- Gavilanes, A.E. (2016) La custodia compartida y el interés superior de los niños y niñas (Tesis de Grado, Universidad Tecnica de Ambato) Recuperado de <http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/18027>

- Pérez Contreras, M.M. (2006) Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004 116 (1) [pp.501-534] Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n116/v39n116a8.pdf>
- Quintana Villar, M.S. (2014) La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 43 (1) [pp. 241-258]. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200006>
- Quintero Velásquez, A.M. (2006) Análisis. Visión interdisciplinaria de la familia, 8 (1) [76-94]. Recuperado de <https://revistas.upr.edu/index.php/analisis/article/view/13438/11095>
- Rivero Fidalgo, J (2018) La custodia compartida: análisis de la situación actual y su desarrollo jurisprudencial. (Tesis de Grado, universidad de Oviedo). Recuperado de http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/34762/3/TFM_RiveroFidalgo%2C%20J.pdf
- Rondón Albao, J. D. (2018). Desigualdad que existe entre los padres en relación con el régimen de visitas y la cuota alimentaria que se suministra al menor. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia.
- Sánchez, S.I. (2004) La intervención del Trabajador Social desde una perspectiva interdisciplinaria (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de La Plata). Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/2106/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Santos Bravo, C (2015) la custodia compartida. Breve referencia a la atribución de la vivienda familiar. (Tesis de Grado, Universidad de Salamanca). Recuperado de https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/127221/TG_santosbravo_Custodia.pdf;jsessionid=F0D7569DADBE529F17BCBBB4F77A8062?Sequence=1
- Tena Piazuelo, I. (2006) La guarda compartida y las nuevas relaciones de familia. Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, ISSN 1575-3379, N° 18, 2006, págs. 26-41. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2109462>
- Villela Llop, P (Julio 16 de 2018) Revista UNIR. Custodia compartida; cómo evitar el síndrome del “niño maleta”. Recuperado de <https://www.unir.net/derecho/revista/noticias/custodia-compartida-como-evitar-el-sindrome-del-nino-maleta/549203632624/>
- Vera Velez, L (s.f.) La investigación cualitativa. Recuperado de http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/velez_vera_investigacion_cualitativa.pdf.pdf
- Yárniz-Yaben, S (2010) International Journal of Clinical and Health Psychology. Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores

divorciados españoles, 10 (2), [pp. 295-307]. Recuperado de
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33712250006>