

CUSTODIA COMPARTIDA: UNA MIRADA DESDE LO SOCIO-JURIDICO

ELIANA MÁRQUEZ CÉSPEDES

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2022

CUSTODIA COMPARTIDA: UNA MIRADA DESDE LO SOCIO-JURÍDICO

Por:

ELIANA MÁRQUEZ CÉSPEDES

Tutora:

KATHERINE GÓMEZ GARCIA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADA

Fecha:

Enero 2022

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
MEDELLÍN

## RESUMEN

La custodia compartida es un tema relativamente nuevo en Colombia, el cual tuvo un hito importante en el año 2006 con el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098). A partir de esa fecha, muchos proyectos de ley que se han propuesto con el fin de regular esta figura, pero es solo con la Sentencia 12085 (2018) que se le otorgó reconocimiento jurídico, convirtiéndola en regla general y no en una excepción, permitiendo con ello una creación jurisprudencial sobre dicho tema.

Con la aplicación de la custodia compartida, mediante la citada sentencia, se comenzaron a evaluar los requisitos para resolver una responsabilidad solidaria por los padres, dictada por el juez de familia, lo cual genera un cambio en los paradigmas que tienen implicaciones en el derecho, en la familia nuclear y en la sociedad misma.

***Palabras Claves:*** Custodia compartida, menor, implicaciones, regulación, responsabilidad compartida, igualdad.

## INTRODUCCIÓN

El concepto de custodia compartida no se encuentra positivado en Colombia. Se habla más bien de una creación jurisprudencial. Por tal motivo, cuando los diferentes jueces de familia fallan en favor de una custodia compartida para ambos padres, abren nuevos panoramas jurisprudenciales que generan implicaciones de fondo, tanto en el derecho como en la sociedad.

El presente artículo de prácticas tiene como objetivo determinar cuáles son las implicaciones sociales y jurídicas de la aplicación y reconocimiento de la custodia compartida en Colombia. Para el desarrollo del objetivo, en primer lugar se llevó a cabo una búsqueda, lectura y análisis del concepto y regulación de la custodia que se encuentran contenidos en la Convención del Niño, en la página web del ICBF y en la jurisprudencia relacionada. En segundo lugar, se realizó una búsqueda, lectura e interpretación de la jurisprudencia emitida por las Altas Cortes con relación a la aplicación de la custodia compartida. Así mismo, se efectuó una búsqueda documental de la positivación de la custodia compartida en Colombia y se tomó como base la

investigación elaborada por la socióloga Elizabeth Tatiana Rubio Quintero (2018) para la Pontificia Universidad Javeriana.

En tercer lugar, se analizaron los artículos 14 y 23 del Código de Infancia y Adolescencia, se consultaron los conceptos emitidos por el ICBF<sup>1</sup> y se hizo una revisión documental de la responsabilidad parental o responsabilidad compartida que está en cabeza de los padres. Finalmente, se efectuó un rastreo e identificación documental en bases de datos como *Dialnet* y *Scielo*, especialmente los conceptos emitidos por psicólogos (as) y sociólogos(as) en diferentes informes, los cuales, si bien no son vinculantes, son orientadores y determinantes para identificar las implicaciones sociales y jurídicas de la aplicación y reconocimiento de la custodia compartida.

Para el cumplimiento del objetivo del artículo de prácticas se delimitó la búsqueda, revisión documental y jurisprudencial temporalmente desde el año 2015 al 2021.

En el ejercicio de las prácticas universitarias llevadas a cabo en el Juzgado Primero de Familia de Valledupar, se evidenció que no se encontraban fallos concediendo la custodia compartida. Sin embargo, con el paso del tiempo se ha reflejado que los jueces de familia han evaluado condiciones de los padres y del menor que los han encaminado a fallar en favor de ambos padres con una custodia compartida, hecho que denota un cambio tanto desde lo jurídico y desde lo social, situación que hace necesario preguntarse: ¿Cuáles son las implicaciones, para la sociedad y el Derecho, que se desprenden al reconocer la figura de la custodia compartida?

## I. LA CUSTODIA

La custodia es un derecho del menor y una obligación de los padres, el cual tiene sustento normativo en la Convención de Derechos del Niño, en la Constitución Política de Colombia y en el Código de Infancia y Adolescencia.

---

<sup>1</sup> Los conceptos proferidos por el ICBF no tienen fuerza vinculante y solo son considerados como una fuente de interpretación del ordenamiento jurídico.

Según Castillo (2015), la Convención de los Derechos del Niño<sup>2</sup>, reconoce el principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de los niños, las niñas y los/las adolescentes, cuando argumenta que:

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. (Numeral I, art. 18)

Del texto se desprende que en los convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, existe no solo el reconocimiento, sino también la obligación para el Estado de garantizar y proteger la crianza y el desarrollo del menor, la cual les corresponde en igual sentido a ambos padres.

Dicho artículo de la Convención del Niño es un pilar general para entender el alcance del concepto de custodia compartida y la importancia que se le da a nivel internacional a este tema, en tanto es claro que la custodia hace parte del interés superior del menor, tal como se evidencia cuando se sostiene que “(...) su preocupación fundamental, será el interés superior del menor.”

Ahora bien, analizando el ordenamiento jurídico colombiano, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006) constituye la norma rectora respecto del tratamiento a los menores de edad. En ese sentido, se invoca lo siguiente:

**Artículo 22.** Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la

---

<sup>2</sup> Colombia ratificó la Convención sobre los derechos del Niño por medio de la Ley 12 de 1991. Dicha convención regula los derechos de los infantes y hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación.

**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.

Es decir, la custodia tiene relación directa con el derecho que tienen los menores a tener una familia y no ser separados de ella. Además, explicita que dicho concepto es una obligación compartida, ya que debe ser asumida de forma *solidaria* por ambos padres en pro del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

En el mismo sentido, el Instituto de Bienestar Familiar define la custodia como:

(el) cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley le corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales, el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad. El defensor de familia citará a los padres o parientes a diligencia de conciliación, con el fin de determinar la custodia. (ICBF, 2021)

Si bien, el ICBF hace una superficial definición de la custodia, y aunque no es un concepto vinculante, si resulta orientador para esta investigación. Además contempla de manera clara que hace referencia al cuidado de los niños, niñas y adolescentes; esto es, que se encuentren en buenas condiciones y que tengan un ambiente adecuado para su desarrollo intelectual y emocional.

Ahora bien, la jurisprudencia ha regulado el tema de la custodia, dentro del cual se encuentra la Sentencia base sobre el presente tema. En efecto, la Sentencia T-384 (2018), estableció que:

(...) para la Corte, su ejercicio se relaciona directamente con el interés superior del menor y el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella, así como al amor y el cuidado, salvo si contraría sus intereses. Desde esta perspectiva, las medidas

deben orientarse a conservar espacios de comprensión y armonía que la familia le brinda al niño, manteniendo lazos con ambos progenitores. Ambos padres, sin importar su género, están llamados en igualdad de condiciones a ejercer la orientación y el amparo de los hijos menores. (Torrado, 2018)

Así pues, a pesar de que la normatividad no cuente con una regulación a fondo sobre la custodia compartida, el concepto de custodia en sí mismo, tiene un sustento normativo amplio y deja entrever las bases para hablar de una custodia compartida en tanto habla de palabras tales como: *solidaridad, ambos padres, ambos progenitores*. Además, se aprecia que, desde la custodia, los padres y los mismos jueces de familia, deben *velar por tomar medidas que orienten y conserven espacios de comprensión y armonía manteniendo lazos con ambos padres*. Esto es, así los padres no estén juntos, deben proteger el interés superior del menor.

## **II. REGULACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA**

Una vez establecido lo concerniente al concepto de custodia, se hace necesario abordar la figura de la custodia compartida y su regulación. Cabe resaltar que la custodia compartida no se encuentra regulada en ninguna norma que haga parte del ordenamiento jurídico colombiano, por tanto, este tema no se encuentra positivizado en Colombia en la actualidad (Rangel, 2019)

Para empezar es oportuno indicar que, a pesar de que no existe ley especial, sí existieron diferentes proyectos de ley que intentaron regular la materia. Uno de ellos fue el proyecto de ley, titulado *Proyecto de Ley No. 249 de 2008, por medio de la Cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores*. Con este proyecto de ley se buscaba garantizar los derechos fundamentales de los menores ya que los padres, al enfrentarse al divorcio o separación, dejan al menor expuesto a ser más vulnerable. Por un lado están los derechos de las niñas, niños y adolescentes de mantener vínculos estrechos con sus dos padres tras el divorcio y a no ser separado de su familia. Por otro lado, el derecho de ambos padres en querer seguir estrechamente vinculados con los menores y ejercer sus derechos y obligaciones en igualdad de

condiciones, pretendiendo preservar los lazos familiares naturales después de la separación. (Guerra, 2019).

El intento de regulación tuvo un trasfondo desde la posición vulnerable que tiene el menor en situaciones de divorcios de los padres, pues permite que los padres bajo ninguna situación de afectación familiar menoscaben la importancia del cuidado del menor. A pesar de que el menor no tenga una familia que convive bajo el mismo techo, tiene derecho a acceder a la compañía y cuidado de sus padres en todas las etapas de sus vidas y con ello poder brindarle un buen desarrollo al menor.

El otro proyecto de ley que cabe citar es el número 108 (2011), que fue rechazado por votación negativa en primer debate. El tercer proyecto de Ley fue el número 035 (2014), que fue archivado por cambio de legislatura. Como se aprecia, el intento de regular normativamente el tema de custodia compartida no ha surtido efecto en Colombia (Bedoya, 2021).

Por lo anterior, la construcción de la figura de custodia compartida tiene una naturaleza jurisprudencial pues, como se comentó anteriormente, el intento de regular este tema fue fallido y en la actualidad no existe norma que regule la custodia compartida y sus condiciones.

Es a partir del año 2017 que se comienza a entrever una necesidad de la custodia compartida. En efecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia T-311 (2017), estableció que los padres deben continuar con la obligación de brindar una crianza y desarrollo al menor. Al respecto, el texto de la Corte afirma que

(...) procrear implica la obligación, por parte de sus progenitores, de brindarle amor al niño para su formación (...) aún después de la crisis, ruptura o separación de la pareja. En esos momentos de dificultad, de crisis, es cuando el niño requiere del mayor apoyo y amor de sus padres para evitar traumas en su desarrollo emocional. (2017, Sentencia T-311)

Se infiere, por tanto, que al momento que los padres deciden tener hijos, estos tienen la obligación de brindar apoyo y responder por el menor, aún después de existir separación o ruptura de la relación matrimonial.

En la misma línea, la custodia compartida se comenzó a evaluar a partir de un caso en concreto evidenciado en la sentencia T-384 (2018), que posibilitó la aplicación de la custodia compartida como una regla general y no como una excepción, criterio similar que adoptó la Corte Suprema de Justicia, al evaluar el deber de custodia desde el interés del menor. La Corte Constitucional indicó el camino para el reconocimiento de una custodia compartida, pues citó el Código Civil (art. 253 y 254) y el Código de Infancia y Adolescencia (art. 20, 12 y 23), para fundamentar que la custodia trae como consecuencia el deber de educar, orientar, y formar que tienen ambos padres con el menor (Yara, 2020).

Es así como las diferentes Altas Cortes no habían contemplado la posibilidad de aplicar una custodia compartida del menor y solo se veía como un camino posible. Pero es hasta el año 2018 que la Corte Suprema de Justicia reconoce la posibilidad de aplicar la custodia compartida mediante la Sentencia 12085 (2018), lo cual fija un nuevo paradigma en la materia y crea bases sólidas para el ejercicio de la figura de custodia compartida. (Yara, 2020)

La sentencia citada anteriormente es de suma importancia, por lo que a continuación se expone a decisión del juzgado de familia. En efecto, este juzgado decidió de manera compartida el derecho de custodia y cuidado personal del menor a ambos padres; dicha decisión tuvo sustento en el diligenciamiento de ciertos requisitos para otorgar la custodia compartida, tales como que *cada padre tenga condiciones óptimas habitacionales para el menor, entre ellas, condición mental personal y laboral sana, que no presenten riesgos a la estabilidad emocional del menor y ser garantes de sus derechos fundamentales*, y esencialmente el requisito de la escucha al menor por medio de entrevistas ejecutadas por las entidades competentes, tal como lo establece el Código de la Infancia y de la Adolescencia (2006, art. 26). En la misma línea, se observó que una de las consideraciones del Despacho fue evaluar que los padres cumplan con *características personales* que permiten continuar ejerciendo de manera responsable y comprometida el cuidado hacia el niño.

El fallo de la Corte trasciende el tema de la custodia compartida, toda vez que, al enfocarse en el desarrollo del menor, la escucha del menor, logra establecer que, por regla general, se deba de pactar la custodia compartida de ambos padres. Lo anterior implica que los jueces podrán fallar una custodia de un solo padre o monoparental, de una manera excepcional y a partir de dicha sentencia el cuidado y custodia del niño, de manera general podrá establecerse de manera compartida o con responsabilidad solidaria (Bedoya, 2021).

Si bien en el fallo no hablan de la realidad práctica al momento de aplicar la custodia monoparental y sus efectos, se considera que es necesario hablar también de los antecedentes que han dado pie a hablar de una custodia compartida, pues como se ha indicado anteriormente la regla general era otorgar una custodia monoparental, circunstancia que genera conflictos y emociones negativas en los padres tras el divorcio y el otorgamiento de custodia a un solo padre. Así pues, es muy común que, como consecuencia de las discusiones y el divorcio de los padres, alguno de ellos amenace con limitar las visitas al hijo. Esta es una realidad al aplicar la custodia monoparental, la cual se demuestra de manera patente en lo expuesto por Rubio Quintero (2018), trabajo en el que cita historias de padres que no obtuvieron la custodia y se otorgaron única y exclusivamente a la madre. Entre ellas se encuentra el relato de un padre de 26 años, quien manifiesta que:

(...) siente tranquilidad al pensar que su hijo está en buenas manos con la madre. A pesar de esto, considera que las instancias legales pueden ser un apoyo futuro ante su situación porque su expareja ha manifestado recientemente que no le dejará ver al niño si no le da dinero, a pesar de que él responde por el 100% de los gastos que tiene que ver con su hijo. (Quintero, 2018).

Lo anterior se considera como un antecedente y fundamento para aplicar la custodia compartida, pues evitaría este tipo de amenazas y una posible vulneración al derecho de tiene el menor de no ser separado de su familia. Al convertir la custodia compartida como una regla general, permite una participación más activa del padre-hombre, generando implicaciones importantes que más adelante se avizorarán.

### III. CUSTODIA COMPARTIDA, UNA RESPONSABILIDAD PARENTAL COMPARTIDA

Partiendo de la Sentencia 12085 (2018), ante el reconocimiento y condicionamiento de la custodia compartida, se desprende una responsabilidad parental o compartida de los padres, lo que hace fundamental evaluar la responsabilidad parental desde el enfoque jurídico, como se verá a continuación.

La Ley 1098 (Congreso de la República, 2006) define la responsabilidad parental como un fundamento de la orientación, cuidado y acompañamiento al menor, al establecer:

Artículo 14. La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. **Esto incluye la responsabilidad compartida** y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.” (Artículo 14). (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia (2006), dispone lo relativo la custodia y cuidado personal de los niños, indicando que “*sus padres en **forma permanente y solidaria** asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral” (art. 23) (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Cuando la norma utiliza expresiones tales como “responsabilidad compartida y solidaria” y “de forma permanente y solidaria”, abre la puerta para entender que ambos padres, todo el tiempo tienen derechos y responsabilidades frente al menor. Es por ello que, si los padres no están juntos, deben tratar de llegar a acuerdos en pro del menor, tomar decisiones de manera conjunta, evaluando que es lo mejor para el hijo, tomando en cuenta las consecuencias o las implicaciones que tenga el menor a raíz del divorcio.

En la misma línea, el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia establece que los progenitores tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedirlos (Contreras, 2014). Es decir, es claro

en la Carta Magna que los padres tienen derecho a tener hijos, ya que en nuestro país no se prohíbe ni se regula el número de hijos que pueden tener, como sucede en países como China. Sin embargo, así como concede esta libertad, establece el deber para ambos padres de responder no solo económicamente por el menor, así como prestarle acompañamiento en todos los ámbitos y hacerse cargo de él mientras no pueda valerse por sí solo.

Así mismo, el ICBF mediante concepto No. 31 (ICBF, 2019), hizo referencia al **principio de corresponsabilidad parental**, como la “responsabilidad de ambos padres en las decisiones trascendentales de los hijos comunes y funciones parentales en torno a su crianza, cuidado y educación”.

Además argumentó que

(...) en virtud de los artículos 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia ambos padres están obligados a asumir la custodia para cuidar a los niños, niñas y adolescentes. Además, sostuvo que con base en la responsabilidad parental deben participar de manera activa en la orientación, cuidado y acompañamiento de los hijos menores de edad en su proceso de formación, resaltando la importancia de ejercer su responsabilidad parental de manera compartida y solidaria, dando un valor preferente al vínculo filial sobre el conyugal, siendo este no solo un deber de los padres, sino un derecho del menor. (ICBF, 2019)

Como criterio orientador también se invoca el concepto No. 57366 (ICBF, 2009), el cual complementó el tema manifestando que:

El principio de corresponsabilidad está regulado en la Constitución y en la ley, el Estado (a nivel nacional, departamental y municipal), la familia y la sociedad, tienen la responsabilidad de garantizar y prevenir la vulneración de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, como núcleo de la sociedad, es la principal responsable de garantizar el desarrollo integral de la infancia y la adolescencia, por lo tanto, está obligada a ejercer un control social para velar por la adecuada atención de sus hijos y tomar la decisión de delegar su cuidado en un

programa establecido institucionalmente o en los servicios informales que presta la comunidad.

Lo anterior, se entiende en términos de Yara (2020) como el deber de los padres de participar de forma dual en la crianza y desarrollo del niño. Esto se materializa en la distribución equitativa de los alimentos, siempre bajo el marco de la situación económica de los padres y del tiempo que van a estar directamente con sus hijos. Por ello, al tratarse de una custodia compartida debe procurarse la igualdad, en términos de no otorgar diferencias o privilegios a los sujetos en igualdad de circunstancias. A la vez, debería suponer que en el momento de aplicar la ley no se violen los derechos de aquellos que están en situaciones de vulnerabilidad, como ha ocurrido con las mujeres, en el caso de la prestación de alimentos para los menores cuando ellas tienen la custodia.

De lo anterior es preciso advertir que la corresponsabilidad parental es un término que, si bien la jurisprudencia se ha mostrado interés por él, es nuevo en la normativa que cobra relevancia debido a que el padre y la madre, la mujer y el hombre, están compartiendo cada vez más ámbitos que históricamente habían sido exclusivos del uno o del otro (Martín, 2013).

Así pues, la disolución del matrimonio o sociedad patrimonial supone una corresponsabilidad de los padres frente a los hijos concebidos, para que ambos ejerzan la custodia y cuidado personal de los mismos. Así, ambos padres deben garantizar el desarrollo de un ambiente sano y adecuado para el niño, disminuyendo y separando los efectos que tenga la separación de la familia (Morera, 2016).

Además de lo expresado por el ICBF, la Constitución Política de Colombia (1991) y el Código de Infancia y Adolescencia (2006) sobre el tema de la responsabilidad parental, la jurisprudencia también ha tenido importantes pronunciamientos al respecto. Cabe citar la Sentencia C- 262 (2016), mediante la cual se ha establecido que todos los niños, con independencia de la situación que tengan los padres, tienen derecho a una protección parental.

Al respecto, dice de manera textual la Corte Constitucional que

(...) todos los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho en igualdad de condiciones a ser beneficiarios de una medida que les garantice que esta protección

parental sea ejercida en debida forma, sin importar la relación jurídica o fáctica que exista entre sus padres. (Sentencia C-262, 2016)

Esta Sentencia trajo además un aspecto interesante a tratar, ya que aclaró que la responsabilidad parental es una figura que “hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo” (Sentencia C-262, 2016). Situación que refleja que la corresponsabilidad derivada del hecho de ser padres, no se puede ligar a la existencia de un vínculo, sino más bien al mero hecho de ser padres.

Siguiendo con el orden jurisprudencial, se trae de nuevo a colación la sentencia T-384 (2018), pues a lo largo de ella se exponen consideraciones de la custodia compartida como una responsabilidad conjunta. Claramente la Corte Constitucional expresa que

(...) la regla general permita afirmar que ambos padres encargados del cuidado personal de los hijos tienen (i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral;(ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos; y,(iii) **el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos.** (Sentencia T-384, 2018) (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Así mismo, desde la psicología se habla de la existencia de una capacidad de coparentalidad de ambos padres, lo que significa que los padres buscan mantener una comunicación y un vínculo con los hijos, esto se traduce en una coparentalidad positiva, de calidad y se caracteriza por dos progenitores que interactúan positivamente, cooperan entre sí, tienen compromiso y dedicación, se distribuyen de manera equitativa las responsabilidades, y se brindan apoyo mutuo con referencia a la crianza y custodia compartida, tal como lo enfatizan Ochoa et al. (2020) en sus conceptos expuestos en el trabajo titulado “*Criterios para orientar los procesos de custodia compartida en la conciliación en Colombia*”.

En este orden de ideas, la responsabilidad parental no es un término que corresponda solo a un progenitor, sino que se define como un criterio conjunto o solidario, donde ambos padres se encargan del cuidado y crianza del menor. Biológicamente, en la concepción del menor se entiende que participan ambos padres, ya que físicamente es imposible que un bebé se conciba solo con la madre, se necesita la interacción de dos personas, tanto del padre, como de la madre. Desde este punto de vista, desde la concepción y nacimiento del menor se necesita que ambos padres se comuniquen e interactúen, se necesita del amor, el apoyo y la responsabilidad de ambos padres para el buen desarrollo del menor.

Cuando ambos padres toman la decisión de tener un hijo, el deber ser es que los padres se comprometan a velar por el bienestar del menor, independientemente de los factores externos e internos que lleve a la pareja al divorcio, debido a que, si bien los padres no están juntos, no es motivo ni jurídico, ni factico para liberarse de una responsabilidad compartida.

#### **IV. IMPLICACIONES SOCIO-JURIDICAS QUE TIENE EL RECONOCIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

La sociedad es dinámica y cambiante a los diferentes factores que varían a lo largo del tiempo, por lo que hablar de una custodia compartida en la sociedad genera una reestructuración del concepto de familia y sus responsabilidades, lo cual involucra directamente la evolución y transformación de la mentalidad de la sociedad.

Así mismo, los proyectos de ley que se indicaron en el capítulo segundo de este artículo y el solo hecho de intentar regular el tema de la custodia compartida, conlleva una modificación en la sociedad con relación a la familia y su separación, donde el eje principal es el interés del menor, pues claramente el tratar de crear una ley de custodia compartida, se convierte en un criterio transversal a la estructura, responsabilidad y dinámica de la familia posterior a un divorcio, toda vez que esta forma de custodia que algunos jueces han adoptado en sus decisiones, permite romper un paradigma en nuestra sociedad, al reconocer que la custodia no sea única y exclusivamente del padre o de la madre, sino que logra que existan fallos de los jueces en los

cuales, después de una evaluación exhaustiva de condiciones sociales, personales, laborales, psicologías y familiares óptimas que tengan los padres, otorguen una custodia compartida.

De esta manera, reconoce que se ha dado una recomposición familiar en Colombia, como consecuencia de procesos de disolución que afectan la estructura familia, las funciones, papeles y patrones de organización (Zamudio Cárdenas & Rubiano, 1991). Así, frente a la figura de custodia compartida, no solo se habla la sociedad colombiana sino también en los diferentes países que se ha regulado el tema. Por ejemplo, en España, según el Instituto Nacional de Estadística, el porcentaje de resoluciones judiciales favorables a un modelo de custodia única materna pasó de un 83,2% en el año 2010 a un 61,6% en el año 2018, mientras que la modalidad de custodia compartida ha aumentado del 10,5% en el año 2010 al 33,8% en 2018, lo que permite aseverar que nos encontramos de cara a un proceso de cambio progresivo, donde la custodia compartida y custodia materna tienden a equipararse (Ruiz, 2020).

Por consiguiente, en la actualidad el reconocimiento de la custodia compartida, tanto en lo jurídico como en lo social, atiende a un cambio de mentalidad en los ciudadanos, pues permite hablar de una igualdad entre hombres y mujeres frente al tema de crianza del menor, distribuyendo así las cargas y responsabilidad entre ambos padres. Esto se convierte así en un tema que establece una premisa sobre la cual ambos progenitores cooperan, aportan y acompañan el desarrollo del menor.

Con la finalidad de entender más este panorama, se propone el caso de las madres cabeza de familia, quienes tenían en su mayor parte la custodia del menor, motivo por el cual se les veía en los transportes públicos haciendo su quehacer. En la actualidad, es muy probable encontrar a un padre movilizándose en transporte público, solicitando un puesto para sentarse con su hijo en brazos y encontrar a una madre trabajando. Lo que se quiere hacer ver es que existe una distribución de cargas frente a la crianza, un acceso al mercado laboral para la mujer y una participación más activa del padre en todo lo relativo al sostenimiento y crianza del menor.

Así pues, independiente de la ruptura de ambos padres o el divorcio, desde lo socio-jurídico se ha evolucionado y dinamizado el concepto de la crianza. En otra época, no se concebía en ningún caso a ambos padres desempeñando roles de crianza del menor; se identificaba que en su mayoría eran las mujeres quienes realizaban estas actividades. Así, cuando

la mujer se incorpora en el ámbito laboral, delega actividades del hogar involucrando al padre-hombre en el ambiente familiar, tanto en lo doméstico como en la crianza de los hijos, lo que ocasiona que el padre se replantee su actividad como hombre y como padre porque se ha tenido que involucrar en la crianza, motivo por el cual la convivencia y acompañamiento con sus hijos se la logrado de una manera innovadora y gratificante, una experiencia totalmente nueva (Ortega et al., 2020).

Con lo anterior, en ningún momento se quiere feminizar al hombre con los labores del hogar. Todo lo contrario, se pretende hablar de un “hombre reconciliado” en términos de Elizabeth Badinter, filósofa y autora del texto “*Xy de la identidad masculina*”, cuando afirma que:

(...) aquel hombre que logra reunir padre y madre sin herir la feminidad materna y comenzar un proceso de maternización del hombre, crear una revolución paterna que tiene como propósito hacer cambios radicales en las mentalidades y las condiciones de la vida cotidiana (Quintero, 2018).

En efecto, es importante aclarar que, en la antigüedad existió una sociedad igualitaria, basada en la solidaridad y cooperatividad para la crianza de los hijos y la supervivencia, pues tal como lo dice Eisler<sup>3</sup>, el arte releva una sociedad igualitaria, en la cual no existía matriarcado o patriarcado, pues, aunque en la actualidad no se ve una sociedad así, porque solo existían dos posibilidades: el matriarcado o patriarcado. Sin embargo, también explica que existieron sociedades igualitarias, sociedades solidarias, basadas en la colaboración, al igual que se trataba de una inclusión y participación de los hombres y mujeres (Eisler, 2020).

Ello deja entrever una crianza diferente e igualitaria, ya que “si queremos eliminar los cismas de personalidad y sociales entre los sexos y educar a hombres capaces de ser maternos,

---

<sup>3</sup> Riane Tennenhaus Eisler es una académica austriaca, escritora, abogada y activista social. Graduada en Sociología y Derecho en la Universidad de California es autora de varios artículos e influyentes libros.

debemos lograr que los padres participen tanto como las mujeres en la crianza de los hijos desde la infancia” (Chodorow, 1978).

Así mismo, el intento de crear una ley propia para el tema de custodia compartida es evidencia de la adaptación que pretende lo jurídico al cambio social que conlleva hablar y reconocer la custodia compartida. Desde lo jurídico, los temas de régimen de visitas, custodia del menor, recreación, alimentación, diversión, etc., se ven permeabilizados totalmente por el nuevo paradigma que abre esta posibilidad de dar a ambos padres la custodia.

Por otro lado, cuando un juez de familia, en un caso en concreto determina otorgar la custodia compartida a ambos padres, quiere decir que realizó un análisis exhaustivo de las condiciones que tienen ambos padres al momento de divorciarse pues deben tener posibilidad de apoyar económica y afectivamente al menor, deben tener condiciones psicológicas y sociales que permitan dar al menor herramientas sanas para su crecimiento y por supuesto, el juez debe velar por el interés supremo del menor, lo que quiere decir que debe escuchar con atención la voluntad del menor, si este desea estar con el padre o la madre o con ambos, pues este será el punto de partida para optar por una custodia compartida como resultado de un conflicto jurídico entre ambos padres.

Lo anterior es importante, pues una vez se lleve a cabo la ruptura entre los padres, se debe establecer cómo proteger al menor y a los mismos padres frente al proceso venidero, los padres deben prepararse y comenzar a generar condiciones seguras, sanas y amorosas para el niño ya que es muy común que los conflictos o roces entre los padres perdure por varios años a pesar de haberse divorciado, afectando directamente a los integrantes de la familia especialmente al hijo, produciendo traumas psicológicos durante un espacio de tiempo considerable, razón por la cual el divorcio puede ser particularmente estresante para los niños (Marín, 2010). En este punto es pertinente advertir que cuando se materializa el divorcio y el juez falla a favor de una custodia compartida, no se trata del factor económico, o lo laboral, sino de cómo afectarán estos factores a los niños, niñas y adolescentes en el futuro (Armijo, 2020).

También enfatiza que los padres deben tener la capacidad para educar y proteger al menor una vez se apruebe la custodia compartida. Esto es, que los padres deben cumplir con lo que ella denomina “*aptitudes parentales*”, relacionadas con los rasgos de personalidad que

fomentan el cuidado apropiado del menor y la manera en la que se afrontan los conflictos y al ser un punto clave para el desarrollo del menor, en caso de que alguno de los padres no cumpla con estas *aptitudes*, no podrá ejercer de manera adecuada la custodia compartida, para ello entonces, debe reforzar sus circunstancias personales para brindarle bienestar del menor (Armijo, 2020).

Por tal motivo es fundamental plantear que los padres también deben apoyarse mediante terapias psicológicas para aportar lo mejor en el desarrollo del menor, expresar de forma sana y amorosa al menos sobre los cambios en la dinámica familiar y que este no sufra las consecuencias de los problemas que deja la ruptura en los padres, al sanar los padres el dolor correspondiente a la ruptura afectiva y dificultades que tuvieron en el pasado, tanto personal como en pareja, generan un equilibrio y responsabilidad frente al menor.

Lo anterior debe ser bien analizado, ya que se debe reconocer el rol que juega el psicólogo en temas de custodia compartida y la importancia que tiene el reconocimiento de vías de comunicación deterioradas o inexistentes entre la expareja, con el fin de promover, identificar y apoyar estrategias de coparentalidad entre los sujetos inmersos en los procesos de custodia y tenencia de los hijos (Ochoa et al., 2020).

Otro factor interesante que se desprende de que ambos padres ejerzan la custodia compartida con una responsabilidad solidaria, es que el menor aprende de ambos padres, pues su desarrollo se va a dar en compañía de ambos padres, enriqueciéndose de las virtudes, diferencias y maneras de ver y vivir la vida de cada uno de los progenitores.

Se visualiza entonces a la custodia compartida, como un enriquecimiento personal para el menor, su panorama y posición para ver y afrontar la vida será más amplia, no tendrá un ejemplo de un solo progenitor, sino el de ambos en esferas separadas. Además, contribuye a que el menor sienta un equilibrio, de manera que, si existe la custodia compartida, se disminuirá la desautorización de los padres.

Consecuentemente, la custodia compartida cambia un paradigma social, toda vez que se fundamenta en una aceptación, armonía y solidaridad parental, permitiendo concebir al hombre no como proveedor, sino que también en una posición de responsable de la crianza del menor, equilibrando las cargas del hogar. Hay que tener en cuenta que, tanto la sociedad como la

regulación jurídica en materia de igualdad y de género, dirigen la progresiva desaparición de las desigualdades, donde a la mujer se la encamina en la integración en el campo laboral y al hombre en las tareas domésticas y en el cuidado de los hijos, perdurando la díada y dicotómica distribución de los roles de forma diferenciada (Rullán, 2015).

## CONCLUSIONES

Al culminar el análisis y revisión normativa, jurisprudencial y documental del presente artículo, es preciso concluir que el reconocimiento de la custodia compartida ha traído consigo implicaciones que cambian la forma de pensar de los ciudadanos y abre posibilidades y/o responsabilidades para ambos padres desde diferentes esferas.

Mas allá del evento del divorcio, es fundamental abordar el tema de los efectos que genera, pues abarca un derecho de igualdad entre hombres y mujeres, un quebrantamiento de paradigmas en nuestra sociedad, que por mucho tiempo se ha visto permeabilizada por un matriarcado.

Surge entonces una propuesta idónea de regresar a una sociedad igualitaria desde la ley y desde el cambio de mentalidad pues resulta evidente que la norma es cambiante, se adapta a los avances de la sociedad, como para el caso que nos ocupa, los tres intentos que ha tenido Colombia para regular el tema de la custodia compartida mediante proyectos de ley que no han prosperado. Esto es una muestra clara del cambio y evolución que ha tenido la sociedad misma, pues ha reconocido que ambos padres tienen igualdad de derechos y responsabilidades frente a la crianza del menor. A raíz de los nuevos postulados de custodia, es evidente que se requiere de un cambio en el derecho de familia, enfocado en el interés superior del menor y en la promoción de la coparentalidad, respondiendo a las nuevas dinámicas sociales de género y familia. (Ochoa et al., 2020)

En este orden de ideas, es totalmente enriquecedor los fallos que acepten una custodia compartida, pues allí se establecen, no solo requisitos que los padres deben cumplir, tales como condiciones económicas, psicológicas y sociales idóneas para aportar a su hijo de la mejor manera, si no también postulados sociales que revelan el cambio de mentalidad que se ha dado

en la comunidad, pues el juez de familia debe realizar un análisis, siempre desde los derechos del niño, esencialmente la escucha para determinar si es posible una custodia compartida.

Este panorama, deja abiertas muchas posibilidades para el derecho y la sociedad que posiblemente en el futuro se perfeccionen o revelen otras dificultades. Sin embargo, será más común encontrar este tipo de fallos o encontrar fallos de acciones de tutela, donde los jueces de la república resuelvan casos donde soliciten el amparo de derechos fundamentales, como la igualdad entre padres que tengan condiciones óptimas para la crianza del menor y se aplique la custodia compartida.

## Referencias

- Armijo, C. R. (2020). Psicolegalmente. <https://www.psicolegalmente.es/guarda-y-custodia/requisitos-custodia-compartida/#author>
- Bedoya, J. A. (2021). Custodia compartida en Colombia ¿regla general o? Medellín: Universidad de Antioquia.
- Castillo, J. d. (2015). Custodia compartida desde una perspectiva de género y la teoría de la protección integral. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Chodorow, N. J. (1978). The Reproduction of Mothering. Berkeley. University of California Press.
- Congreso de la República. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098, Ley de Infancia y Adolescencia. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.
- Contreras, J. (2014). Incidencia de la responsabilidad parental en menores. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.
- Eisler, R. (8 de mayo de 2020). Riane Eisler, autora de "El cáliz y la espada"- Noticias Caracol. (A. M. López, Entrevistador)
- Guerra, S. M. (2019). La Custodia Compartida en Colombia. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- ICBF. (3 de noviembre de 2009). Concepto 57366 DE 2009. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0057366\\_2009.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0057366_2009.htm)
- ICBF. (2 de abril de 2019). CONCEPTO 31 DE 2019. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000031\\_2019.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000031_2019.htm)
- ICBF. (2021). Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/portafolio-de-servicios-icbf/fijacion-de-custodia-y-cuidado-personal>
- Marín, M. A. (2010). Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las. Papeles del psicólogo. 183-190.
- Martín, M. A. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. Revista de derecho (Coquimbo).
- MORERA, Y. E. (2016). La custodia compartida como política pública en Colombia. Bogotá D.C: Universidad La Gran Colombia.

- Ochoa et al. (2020). Criterios para orientar los procesos de custodia compartida en la conciliación en Colombia. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ortega et al. (2020). Paternidad: Período de cambio en la vida de los varones. Revista Psicológica Científica.com.
- Ortega, L., Torres, M., & Salguero, M. (1999). Vivencia de la paternidad desde la perspectiva de género. Ixtapalapa. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades.
- QUINTERO, L. T. (2018). Un análisis sobre nuevas paternidades. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- QUINTERO, L. T. (2018). Un análisis sobre nuevas paternidades. Bogotá D.C: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rangel, S. (2019). La custodia compartida en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/19096?show=full>
- Ruiz, R. A. (2020). Custodia compartida y cambio social. La construcción social de la custodia compartida. España: Universitat d'Alacant - Universidad de Alicante.
- Rullán, M. M. (2015). La influencia de las actitudes parentales sobre el. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, 73-89.
- Sentencia C-262 (Corte Constitucional 18 de mayo de 2016).
- Sentencia T-384 (Corte Constitucional 2018 de septiembre de 2018).
- Torrado, H. A. (2018). La custodia compartida de los hijos menores. *Ámbito Jurídico*, 1.
- Yara, E. C. (2020). La custodia compartida en Colombia: elementos fundantes de una nueva concepción. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 13.
- Zamudio Cárdenas, L., & Rubiano, N. (1991). Las separaciones conyugales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.