

CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA ¿REGLA GENERAL O EXCEPCIÓN?¹

Juliana Andrade Bedoya²

Resumen

El presente artículo analiza la figura de la custodia compartida en Colombia, como herramienta jurídica utilizada para pactar la custodia y los cuidados personales de los niños tras una ruptura del vínculo parental. Se pone de presente los criterios recomendables para su utilidad, su adopción y en cuales puede terminar incidiendo en el goce de derechos e integridad en el desarrollo de los hijos. El artículo entonces indaga acerca de si la custodia compartida debe ser empleada como regla general y si esto supone, sin excepción, la mejor forma de garantizar los derechos de los hijos. Mediante la revisión documental y jurisprudencial de algunas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se hace un análisis crítico de las decisiones y las disposiciones adoptadas. Por último, se concluye que la aplicación automática de la custodia compartida como regla general potencia el surgimiento de situaciones en las que el desconocimiento de las condiciones particulares de las familias generan la perturbación de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Palabras Clave: custodia compartida; custodia monoparental; parentalidad; interés superior del niño.

Abstract

This article analyzes the figure of joint custody in Colombia, as a legal tool used to agree on the custody and personal care of children after a parental break up, showing some recommended criteria on joint custody usefulness, its adoption and in what cases it may end up influencing the enjoyment of children's rights and integrity in their development. This

¹ Producto del curso de Profundización en Derecho de los Niños como Sujetos o como Objeto de Protección.

² Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: juliana.andrade@udea.edu.co.

article then inquires as to whether joint custody should be used as a general rule and if this is, without exception, the best way guarantee the children rights. Through the documentary and jurisprudential review of some passed judgements from the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice, a critical analysis of the decisions of joint custody, as a general rule, enhances the emergence of situations in which by ignoring the particular conditions of families, a disturbance of the rights of the children and adolescents is generated.

Keywords: joint custody; lone-parent custody; parenthood; best interests of the child.

1. Introducción

Si bien no existe una regulación legal e integral sobre la materia, desde la expedición de la sentencia T-384 del 20 de septiembre de 2018, la custodia compartida en Colombia como institución del derecho de familia, se presenta como la regla general en los asuntos que tienen que ver con la custodia y los cuidados personales de los niños, las niñas y los adolescentes; esto quiere decir, que cuando se da la ruptura del vínculo o de la relación entre los padres (sea por la separación de cuerpos, por el divorcio o por la nulidad de matrimonio religioso), se debe de adoptar por común acuerdo de estos, o por parte del operador administrativo o judicial en el proceso correspondiente, como modelo preferencial la custodia compartida, mientras que con la adopción de la custodia compartida a discrecionalidad del operador jurídico, podría suponer en algunos casos, el no reconocer los conflictos que pueden tener los padres, ya que son estos quienes de antemano conocen las dificultades que puedan existir en términos relacionales que influiría negativamente en el desarrollo integral del hijo; así las cosas, excepcionalmente se estaría prefiriendo el modelo de custodia monoparental o de custodia exclusiva en cabeza de uno de los progenitores; implicaría entonces, que en caso de no lograrse la custodia compartida, la custodia y los cuidados personales se establece en cabeza de uno de los padres y el régimen de visitas en cabeza del padre no custodio y se fija la correspondiente cuota alimentaria, siempre y cuando no se esté en un caso de privación o suspensión de la patria potestad.

En este artículo de investigación se tiene como propósito el analizar la figura de la custodia compartida como regla general en Colombia, por lo que (i), se analizará la figura de la custodia compartida desde el derecho comparado, el asunto del género de los padres y de la igualdad de derechos que estos tienen frente a los hijos, el hecho de que sea el modelo preferente en algunos países y la coparentalidad como requisito necesario o no para dicha adopción; (ii), se analizará la figura de la custodia compartida en Colombia, indagando un poco sobre la omisión legislativa en la materia, el desarrollo sistemático de la misma y un análisis jurisprudencial sobre el tema y por último el que la custodia compartida sea la regla general a partir de la sentencia T- 384 de 2018; y (iii), se hará un análisis de las decisiones de custodia compartida presentadas en dos procesos de restablecimiento de derechos (en adelante PARD) establecidas en el año 2019 en la Comisaría de Familia 16 de Medellín, con número de acta de conciliación 1098 02-25307-19 y acta de conciliación número 1098 02 – 32861 -19 y posteriormente establecer si se presentan las condiciones fácticas y jurídicas que deben de ser necesarias para la protección del interés superior de los NNA en Colombia.

Es por esto, que dentro del presente, se intentará responder a los siguientes interrogantes: ¿Qué tan viable es adoptar como regla general dicho modelo de custodia compartida en Colombia?, ¿se garantiza en mayor o menor medida el interés superior del NNA con su adopción?, ¿de común acuerdo de los padres o a discreción del operador judicial? ¿es la custodia compartida el mecanismo idóneo para la protección del interés superior de los NNA cuando debe de pactarse como regla general en los casos en los que aún exista conflicto entre los padres y no sean estos -o al menos uno de estos- quien la solicite?

De manera particular este artículo puede aportar al conocimiento y la reflexión sobre el derecho de familia en Colombia. Esto supone un aporte pedagógico para estudiantes en formación e interesados en la actualización académica sobre la materia. En cuanto al aporte jurídico, hay insumos en materia doctrinal, lo que implicaría que serviría como material bibliográfico para estudiantes o abogados para su ejercicio del Derecho o también para ser tenido en cuenta en una posible práctica judicial.

2. La Custodia Compartida

Dentro del presente capítulo, se presentan algunas precisiones generales sobre la figura de la custodia compartida, para ello, se procederá al análisis de su concepto, así como la influencia e implicaciones del género de los padres en su aplicación, se mencionarán sus modalidades, sus variantes, su forma de adoptarse (por mutuo acuerdo de los padres, de manera contenciosa u oficiosamente por parte operador judicial), se estudiará el hecho que sea tomada como modelo preferente en algunas legislaciones; los efectos beneficiosos que ello genera, así como los factores de riesgo o efectos negativos que pueden acarrear, igualmente se analizará la figura de la coparentalidad y se discernirá a lo largo del capítulo si esta es o no un requisito necesario para que el adoptar la custodia compartida sea algo beneficiosos de cara a los niños, las niñas y los adolescentes.

2.1 Disposiciones generales

La custodia compartida parte de una separación de los padres en la que con dicho modelo se espera no se presente un cambio abrupto de la vida del hijo, pues si bien se da el rompimiento de la vida en común, ambos padres trabajan de manera conjunta en pro de su bienestar y de la satisfacción de su interés superior. Partiendo de lo anterior y en aras de ofrecer una definición precisa de la figura considera Ibáñez (2004) que la misma puede precisarse como:

[...] la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc. (p. 4)

Existen dos modalidades de custodia compartida, la de tiempos iguales del hijo con cada padre y la de libre relación con el padre no custodio. Independientemente de si se presenta una u otra modalidad, lo que se intenta es que el trato del hijo con ambos padres sea continuo.

La custodia compartida tiene como rasgo distintivo el hecho de que ambos padres forman parte integral de la vida de los hijos como si la separación no se hubiera presentado, por esto,

ambos tienen un papel activo en cuanto a la crianza, el cuidado, la orientación, la conducción, la educación, la toma de decisiones, el amor, y el acompañamiento de los hijos, entre muchos otros factores.

Por otra parte, Ibáñez (2004) plantea dos variantes en las que se puede presentar la custodia compartida, una es la custodia compartida física y la otra es la custodia compartida legal; entendidas de la siguiente manera:

Custodia compartida física que significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño (p. 135)

También para el autor, la distribución de ese tiempo de convivencia no puede ser menor a 30 o 35% con uno de los padres, dicha división de esos tiempos se puede presentar por semanas, meses, etc., o puede ser el niño quien cambia de residencia dependiendo de a cuál de los padres le corresponde e incluso, en algunos casos puede ser que el niño tenga un domicilio propio y sean los padres quienes estén rotando. En cuanto a la otra variante, el autor plantea:

Custodia compartida legal, con la madre o con el padre como principal cuidador, con la libre relación de los menores con el otro progenitor, implicándose éste en las atenciones diarias de los hijos. (p. 135)

En esta, los padres separados siguen relacionándose con el hijo como antes de la ruptura aunque sea uno de estos el principal cuidador, pues el que no tiene la custodia, pasa casi que el mismo tiempo con el hijo solo que no comparten el domicilio.

Para Ortega y Bola (2011), la custodia compartida puede entenderse como una herramienta jurídica, que fue empleada inicialmente por cuestiones de género de los padres, puesto que tradicionalmente, era la madre la encargada del cuidado de los hijos, de las labores domésticas y del hogar, mientras que el padre era quien salía a trabajar. Todo esto comenzó a cambiar con la industrialización; desde hace ya más de un siglo, la mujer comenzó a tener un papel más activo en el mundo laboral, en las realidades políticas, sociales, culturales y económicas del país, dejando de lado así la visión que señalaba que su papel quedaba únicamente replegado a las labores domésticas. En la modernidad nos encontramos con un

arquetipo de mujer diferente a la de antaño, una que desarrolla su proyecto de vida fuera del hogar para estudiar, para trabajar, para viajar, para emprender, para vivir de acuerdo a su propia voluntad y deseo, etc., así mismo, las relaciones entre padres de familia e hijos se ha modificado: ahora son algunos padres quienes quieren hacer parte activa de la vida de sus hijos tras la separación, así: “[...] hoy vemos surgir una nueva generación de padres, -de hombres- que quieren pasar tiempo con sus hijos, contribuir con las tareas del hogar, han manifestado su deseo de atender personalmente las necesidades básicas de sus hijos.” (Ortega y Bola, 2011, p. 64)

La cuestión del género como se ve, tiene gran influencia en la custodia compartida de los hijos, ambos padres tras la separación desean tener igualdad de tiempo y de derechos sobre sus hijos así ya no convivan en el mismo domicilio. Anteriormente, eran las mujeres quienes por lo general se quedaban con la custodia de sus hijos, (dependiendo de la edad y en algunos casos su género), siendo excepcionalmente los padres quienes solicitaban la custodia al momento de la separación pues eran estos los encargados de sostener el hogar y una vez disuelto, de asumir los gastos por conceptos de alimentos. Por otro lado, Moraga (2014) plantea que:

[...] en este tema de la compartida se está produciendo un falso y perverso debate bajo la premisa de la defensa de la igualdad. La custodia compartida, sin más, no favorece la igualdad de mujeres y hombres. Para que esto sea así, hace falta que previamente se supere el modelo patriarcal de familia, ya que mientras no haya igualdad en el matrimonio, igualdad en el tiempo de dedicación a la familia, igualdad en la atención y cuidado de las/os menores, igualdad en el reparto de las tareas domésticas, igualdad en la conciliación de la vida laboral y familiar, no puede imponerse un régimen de custodia compartida preferente en los supuestos de ruptura matrimonial, ya que ello, lejos de suponer un avance en la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que puede conllevar es discriminación para las mujeres. (Moraga, 2014, p. 479 – 480)

Como vemos, diferentes son las posturas que validan la concepción de que la custodia compartida tiene que ver con cuestiones de género y de igualdad entre los padres, pero que del otro lado existe una que supone lo contrario, al justificar la figura en la igualdad de los padres solo si, antes se sale del modelo patriarcal. Sin embargo, no se puede dejar de lado que el reconocimiento de la mujer como sujeto de derecho, trajo consigo un cambio en la esfera social y familiar, pues es en este momento en el que la mujer opta por salir del hogar

y realizarse. Es por esto, que aunque si bien, existe la presunción de que la mujer es quien se queda con los hijos en el caso de que se presente una separación de pareja o de que simplemente esta convivencia nunca se haya dado, dicho aspecto ha cambiado notoriamente, ya que son los mismos hombres quienes quieren hacer parte activa de la vida de sus hijos. Por esa razón es que con la figura de la custodia compartida, este aspecto de género queda un poco en el pasado, pues se espera un reparto equitativo y equilibrado de derechos de los padres frente a sus hijos.

2.2 Régimen preferencial

Por otro lado, el principal sustento internacional que tienen los países³ en los que se emplea la custodia compartida, está contenido en la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989), la cual, tiene como fin el proteger el interés superior de estos con todas las garantías posibles y los derechos que tienen a crecer bajo el seno de su familia. Sin embargo, no basta con dicha Convención, sino que hace falta una regulación plena en cada Estado parte, una regulación que esté fuertemente encaminada a una protección integral; en algunos, dicha regulación se ha hecho de una manera tímida y paulatina, buscando con su implementación que dicho modelo sea aplicado como régimen preferencial y en el que no sea necesario el acudir al operador jurídico sino que sean los padres mismos quienes llegan a un acuerdo.

La custodia compartida se presenta en países como Alemania o Noruega únicamente en los casos que existe común acuerdo entre los progenitores, otros países como Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia por su parte, dejan a discreción del juez, siempre que se cumpla con la regla del interés superior.⁴

³ Países como España, Italia, Francia, Canadá, Estados Unidos (algunos Estados), Puerto Rico, Argentina, México, Chile, Colombia, etc.

⁴ Al respecto véase Rosario Duarte 2015.

Frente a que la custodia compartida pueda presentarse como la regla general o como modelo preferente, Restrepo, Ochoa y Campos (2020) al referirse a Ibañez (2004) y a Duarte (2015) señalan:

[...] La importancia de este hecho radica en la implementación de un modelo de custodia que, en contraste con el modelo tradicional de custodia exclusiva, ofrece alternativas para proteger la unión familiar tras el divorcio (Ibañez- Valverde, 2004)”

La principal razón por la cual los países están otorgando o incluso promocionando la custodia compartida, es que diversos estudios psicológicos demuestran que esta modalidad de custodia responde mejor al interés superior del menor, siendo este un principio rector impuesto a nivel internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagrado en la declaración de los derechos del niño (Duarte, 2015) (Restrepo et al, 2020, p. 9)

Adicional a dichas ventajas también se ha dicho que puede incluso llegar a reducir la litigiosidad, pues al ser el modelo preferente, los padres de común acuerdo optan por establecerla antes de llegar al proceso contencioso.

Para Fabiola Lathrop (2010) se deben de tener en cuenta algunas consideraciones en relación al acuerdo de los progenitores como criterio determinante o no para establecerla como régimen:

[...] En efecto, una de las cuestiones más discutidas en los países que han establecido positivamente la custodia compartida, es si es necesario exigir el acuerdo de ambos padres para establecerla como régimen y si es posible que el juez la decrete de oficio. Las peculiaridades de este sistema exigirían un mínimo de entendimiento entre padre y madre y de una permanente colaboración entre ellos para su buen funcionamiento” (...) Ambos deben aceptar una pérdida parcial del control sobre las decisiones que conciernen a la vida cotidiana de los hijos; deben estar disponibles a una constante y asidua comunicación y ser capaces de realizar una valoración objetiva y serena de las circunstancias (p. 6)

La cuestión que plantea la autora para un adecuado ejercicio de la figura, exige un mínimo de entendimiento entre los padres para la adopción de esta como criterio general de atribución, en el que estos colaboren conjuntamente y que no olviden que con el rompimiento de la relación, no se rompe el vínculo entre los hijos, a su vez afirma que se deben de dejar de lado los problemas que tras la ruptura puedan tener, de esto afirma:

[...] Al respecto, creo que la exigencia de un mínimo entendimiento entre los progenitores está dirigida a que, sin necesidad de reconstruir sus relaciones personales, hagan el máximo esfuerzo para que la alternancia en el cuidado del hijo sea lo más efectiva y eficaz posible. Las relaciones entre los padres deben ser mínimas en lo que a ellos les involucra como ex

cónyuges; su contacto debe limitarse a establecer las reglas comunes respecto de la educación y formación del hijo durante el desarrollo de la convivencia que cada uno de ellos corresponda. Si los padres son conscientes de los términos del acuerdo, probablemente respetarán la esfera privada del otro y se limitarán a discutir sobre las cuestiones relativas a sus deberes como progenitores (no como cónyuges). (p. 7)

Lo anterior indica que el hecho de que se exija un mínimo de entendimiento entre los padres, presupone un criterio favorable para la adopción de la custodia compartida, pues estos, dejan de lado sus conflictos personales (si los tuvieran), y se preocupan únicamente por que las decisiones y las situaciones en las que tengan que ejercer su rol como padres de manera conjunta, se hagan con la mejor actitud posible.

Ahora, analizaremos la custodia compartida adoptada a partir de las resoluciones judiciales, al respecto Molina (2017) afirma:

[...] Las resoluciones judiciales han ido estableciendo este régimen de custodia compartida como el criterio que debe ser aplicado actualmente en aras de proteger y tratar de forma igualitaria los derechos de los dos progenitores en una ruptura de pareja, donde lo que se rompe es la convivencia matrimonial o de pareja pero no la relación, la estancia o el cariño con los hijos de sus padres y viceversa que debe mantenerse tal como era durante la convivencia familiar pero ahora de forma distinta. (p. 3)

Como vemos, de nuevo la igualdad entre derechos de los padres vuelve a cobrar un papel determinante en la atribución judicial, pues como expresa el autor, lo que se rompe es la relación de pareja, no la relación como padres. Pero no solo basta con esto para dicha atribución, sino que se hace necesario, el que se cumpla con una serie de condiciones que posibiliten que el modelo sea lo más beneficioso para el hijo y que los cambios que este deba de soportar a partir de la ruptura sean los menos graves. Con lo anterior, vale la pena traer a colación, lo expresado por Martín (2017):

[...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en

una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. (p. 66)

Los criterios de atribución que son acogidos por diferentes países en donde se implementa la figura, involucran condiciones necesarias para un adecuado ejercicio de la misma, como lo es el hecho de que se tome en cuenta las prácticas anteriores de los padres, sus aptitudes personales en lo que respecta a los hijos, la edad de estos, el número de hijos a su cargo, si han cumplido con sus obligaciones como padres, que estos tengan buenas relaciones interpersonales y familiares, los acuerdos a que ambos padres han llegado, su ubicación y disponibilidad económica y horaria, entre otros, así mismo, un criterio que juega un papel esencial: el deseo manifiesto de los hijos, esto es, donde se toma en cuenta su querer, en relación con la custodia

La forma de adopción de la custodia compartida se puede presentar ya sea por mutuo acuerdo de los padres o en un proceso contencioso. Al respecto Navarro (2015) plantea que:

La custodia compartida se valora a lo largo de un continuum, que va desde los casos de mutuo acuerdo hasta los contenciosos, donde las situaciones familiares van alejándose cada vez más de la situación ideal. La medida resulta aceptable a lo largo de ese continuum cuando sigue manteniendo sus efectos beneficiosos: mantenimiento de los vínculos de apego y presencia del otro progenitor en la vida del menor. (p.99)

La valoración de los efectos beneficiosos de la implementación de la custodia compartida van disminuyendo en la medida de que no son los padres quienes de común acuerdo la suscriben, sino que, se llega hasta una instancia contenciosa donde los conflictos relacionales de los padres no permiten una adecuada adopción y en el que una salida oficiosa no logra dar solución efectiva a dicha circunstancia porque supone una solución que generalmente no está en consonancia con el deseo de uno o ambos padres, siendo germen de nuevos conflictos relacionales que terminan afectando a quienes debía de proteger en mayor medida: los hijos. Así las cosas, resulta útil mostrar cuál medida resultaría más conveniente para la protección del interés superior de los hijos, de esto Catalán (2016) al referirse al estudio realizado por la Universidad de Oxford en 2011 titulado “Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children” rescata que:

[...] existen suficientes datos que muestran que la custodia compartida funciona bien en situaciones de mutuo acuerdo ya que los padres que llegan a estos acuerdos son un grupo selecto que presenta una serie de características que no son las habituales, tales como: los acuerdos están centrados en los hijos, son flexibles, y cooperativos, suelen tener niveles educativos y socio económicos altos, tienen flexibilidad laboral, viven cerca uno del otro y ambos progenitores han estado involucrados en la crianza de los hijos antes de la ruptura de pareja, los hijos suelen estar en la educación primaria.(p. 101)

Como se indicó, resulta ser mucho más viable la adopción de la custodia compartida cuando los padres comparten cierto tipo de características, que pueden ser desde económicas, sociales, familiares, de tiempo, personales, educativas, de cercanía de los domicilios, entre otras; y que posibilitan un mejor entendimiento de que lo más importante es el bienestar de su hijo o sus hijos (y así lo pueden poner en práctica).

Navarro (2015) plantea que en los casos contenciosos, la custodia compartida:

[...] sigue siendo viable siempre que se cumplan los criterios anteriores y los efectos beneficiosos superen a los perjudiciales, de hecho muchas situaciones de custodia monoparental y amplio régimen de visitas para el otro progenitor (habitualmente el padre) técnicamente son custodias compartidas y funcionan. (p. 101)

Quiere decir, que siempre que prevalezca más los efectos beneficiosos sobre los negativos, la adopción de la custodia compartida sea esta contenciosa, en donde por lo menos uno de los padres es quien solicita su implementación, o de mutuo acuerdo de los padres, puede ser una opción que en mayor medida funciona en pro de la protección del interés superior de los hijos, e incluso en algunos casos en los que la custodia es atribuida a un solo de los padres y el régimen de visitas al otro, puede constituir una especie de custodia compartida, pues el padre no custodio hace parte activa de la vida del hijo. En últimas, para el autor, no resulta conveniente la adopción de la custodia compartida de los padres cuando los efectos negativos prevalecen sobre los beneficiosos, ya que esto puede suponer riesgos para los hijos sobre todo cuando hay altos niveles de conflicto entre los padres o los hijos son muy pequeños, etc.

2.3 Parentalidad conjunta

Se hace indispensable estudiar si la conflictividad entre los padres resulta ser un elemento negativo en toda su expresión o si depende de en qué estado está la relación entre ellos y si son capaces de cooperar en pro del interés superior de su hijo, con la adopción de la custodia compartida, por esto, se hace necesario hablar sobre la figura de la coparentalidad, entendida por Cartujo (2015) de la siguiente manera:

Desde el punto de vista terminológico, la coparentalidad hace referencia a una relación de parentalidad conjunta, pero no puede entenderse únicamente en términos absolutos. Es decir, no es posible simplificarla afirmando que existe o no existe ya que es posible identificar distintos grados intermedios entre ambos extremos. En cambio, la custodia compartida es una figura jurídica que está o no está. Así, una pareja separada que ha acudido al sistema judicial puede haber acordado o haberle sido asignada judicialmente una custodia compartida. Pero ello no implica necesariamente un mayor grado de coparentalidad. Esta puede estar presente en mayor o menor medida, con más o menos calidad, independientemente de la etiqueta legal. Ahora bien, la custodia compartida puede favorecer el ejercicio de la coparentalidad en el sentido de ofrecer un marco, un contexto normativo en el que manejar las interacciones parentales. (p. 2)

Teniendo en cuenta lo anterior, no sólo se debería de exigir o de tener en cuenta los factores de conveniencia de los padres para la adopción de la figura de la custodia compartida sino que es necesario, el exigir una coparentalidad o parentalidad conjunta que propicie un entendimiento entre estos en pro del bienestar del hijo y una verdadera satisfacción de su interés superior. El problema está cuando después de la separación, no existe o no es posible una parentalidad que propicie un ambiente sano para el hijo, que no exista un mínimo de entendimiento entre estos y que no puedan separar sus problemas como pareja, lo que implica un conflicto que va a influir negativamente en los hijos, ya que puede darse el caso de que sea tan alta la discordia entre estos, que ni siquiera permita una comunicación con el padre que no tenga en su poder al niño, de hecho, se podría presentar el caso de que uno de los padres aliene al hijo en contra del otro, o que después de la separación, cambien de estilo de crianza, lo que ocasionaría un cambio abrupto para el niño y podría generar en él problemas “psicológicos”, alimenticios, sociales, escolares e incluso familiares, entre otros a largo plazo. Por esto, quizá lo más conveniente sea que se implemente el modelo de custodia en

cabeza de uno de los padres y el régimen de visitas y la correspondiente cuota de alimentos. De esto, Catalán et al (2008) consideran:

Podría ser favorable para los menores la progresiva adopción de la CC, pero para ello es imprescindible trabajar en dos áreas fundamentales: La educación para Padres y el trabajo Mediacional, ya que lo que debe incentivarse es la coparentalidad y responsabilidad de los progenitores en todos los ámbitos de la vida de sus hijos. (p. 137)

3. Intentos de regulación legislativa y jurisprudencial de la custodia compartida en Colombia.

Como hemos visto, la figura de la custodia compartida es escasamente regulada en el ámbito legislativo, es por esto que el análisis jurisprudencial sobre el tema –como muchos otros temas– se hace necesario. Para esto, pasaremos a analizar la figura de la custodia compartida en Colombia como figura del derecho de familia, se hará un análisis sobre la falta de regulación integral de la materia, se tomarán en cuenta algunas consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y por último se estudiará que el hecho de que sea considerada la regla general a partir de la sentencia T-384 de 2018.

3.1 Ausencia de regulación integral

La figura de la custodia compartida en Colombia, no tiene una regulación legal integral propia. Hasta ahora, se han presentado tres proyectos de ley que no han prosperado y que han impedido que se cuente con pautas claras para la implementación de dicha figura. El primero de ellos fue el Proyecto de Ley número 249 de 2008 el cual fue presentado por la Asociación de Padres por Siempre con ponencia en el Senado de la República, en este se pretendía establecer el régimen de custodia compartida de los hijos de manera preferente de común acuerdo de los padres o discrecionalidad judicial, que la custodia exclusiva se diera por tiempos iguales en caso de no ser la custodia compartida el modelo más adecuado; sin embargo, fue archivado por cambio de legislatura.

El segundo fue el Proyecto de Ley número 108 de 2011 presentado ante la Cámara de Representantes, por medio del cual se intentaba regular la custodia y el cuidado personal de

los hijos menores de edad, el proyecto fue rechazado por votación negativa en primer debate. Por último, fue el Proyecto de Ley número 035 de 2014, fue presentado ante la Cámara de Representantes y posteriormente archivado por cambio de legislatura. Se puede decir entonces, que los tres proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República han sido rechazados por motivos políticos y administrativos.

De hecho, en cuanto a la ausencia de una regulación integral o a la omisión legislativa sobre la figura de la custodia compartida, la Corte Constitucional en la Sentencia T-384 de 2018 ha establecido, que si bien no existe una regulación sobre esta institución del derecho de familia, por medio de un entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales como lo son los artículos 5, 42, 44 y 93 de la Constitución Política, convencionales, como lo establecido en la Convención Sobre los Derechos del Niño y legales como lo son los artículos 253 del Código civil y los artículos 8,10,14, 23 y 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se puede derivar tal figura, figura en que los padres pueden de común acuerdo pactar la custodia compartida de sus hijos para lograr el mayor grado de satisfacción del interés superior de estos. Sin embargo, la Corte va más allá y establece que el desarrollo en una mejor medida de -la progenitura responsable-, supone, que por regla general, se deba de pactar la custodia compartida de ambos padres, en todos los casos que tienen que ver con la custodia y los cuidados personales de NNA, lo que conllevaría a que excepcionalmente se esté pactando la custodia monoparental y lo correspondiente al régimen de visitas y a la cuota alimentaria. (Const., 1991, art. 5, 42, 44, 93) (Código Civil., 1887, art. 253) (CIA., 2006, art. 8, 10, 14, 23, 53)

De igual forma, la Corte pone de presente que se debe ceñir a tres pilares fundamentales a la hora de pactar la custodia compartida, estos son:

[...] (i) el principio de corresponsabilidad parental que se traduce como la responsabilidad de ambos padres sobre las decisiones trascendentales de los hijos comunes, independientemente de su ruptura como pareja sentimental o su situación de convivencia, de tal forma que se dé un reparto efectivo, equitativo y equilibrado de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, cuidado y educación de los hijos comunes; (ii) el principio de igualdad parental que refiere a la igualdad real entre ambos padres que permita afianzar la progenitura responsable constitucionalmente establecida; y, el más relevante de todos, (iii) el derecho a la coparentalidad de los niños,

niñas y adolescentes, que refiere otorgar las más altas garantías para hacer efectivo el interés superior del menor como consideración primordial y su derecho a tener una familia donde concurren ambos padres activamente, lo cual implica tener en cuenta varios lineamientos que permitan ponderar su conveniencia según el contexto familiar. (C.C., T-384/18, 2018)

No obstante, la falta de regulación no impide su eventual adopción, de hecho, en reiteradas ocasiones, tanto la Corte Suprema de Justicia⁵ la Corte Constitucional⁶ han entrado a dirimir conflictos sobre la materia y a dar precisiones en torno a la misma. Dichas discusiones por lo general van encaminadas a la protección integral de los niños, a que se les proteja su interés superior y el derecho que tienen estos a tener una familia y a no ser separados de ella sino en situaciones excepcionalísimas, con una adecuada valoración probatoria, que permita que el proceso se dé con todas las garantías posibles.

Aunque no se puede desconocer que en algunos casos el hecho de establecer la custodia en cabeza de uno de los padres y el régimen de visitas en el padre no custodio, posibilita que la ruptura no sea un hecho traumático para los hijos, pues el padre no custodio comparte de manera regular con el hijo y es allí donde la comunicación juega un papel determinante en la protección del interés superior de los niños y el derecho que tienen estos a tener una familia y a no ser separados de ella. La Corte Constitucional al respecto ha dicho lo siguiente:

Ni la custodia ni el cuidado personal del niño se otorgan a los padres o a las personas que conviven con él en los antedichos ámbitos en su provecho personal, sino en el interés superior del niño” (C.C., T- 012/12, 2012)

3.2 Análisis jurisprudencial

Si se parte de un análisis jurisprudencial en Colombia, podemos observar que la adopción del modelo de custodia compartida fue implementado por la Corte Constitucional de un modo muy particular en la Sentencia T- 442 de 1994 en la que concedió la custodia compartida, pero no solo para ambos padres biológicos sino además, por parte de la familia

⁵ Al respecto véase: Sentencia STC 17529 de 2017, Sentencia STC 12085 de 2018, Sentencia SC 4750 de 2018, Sentencia STC 11257 de 2019, Sentencia STC 17037 de 2019, Sentencia STC 16825 de 2019, Sentencia STC 1349 de 2019, entre otras.

⁶ Véase: Sentencia C 239 de 2014, Sentencia C569 de 2016, Sentencia T 311 de 2017, Sentencia T 487 de 2017, etc.

materna de un niño que al dejar de convivir con sus tías -especialmente con una de ellas a quien veía como figura materna- presentó problemas psicológicos. En la Sentencia, la Corte hace referencia a una serie de criterios que se deben tener en cuenta para la implementación o no de la custodia compartida, estos son principalmente, la legitimación o el merecimiento que se tenga para ostentar dicho modelo de custodia, que se presenten las garantías adecuadas, que se den condiciones favorables en cuanto a que el cambio en el niño, no traiga consigo modificaciones sustanciales de su estilo de vida, el tener en cuenta la opinión del NNA y el derecho que tiene estos a ser escuchados, entre otras.

La Sentencia T-115 de 2014 analiza un caso de ejercicio arbitrario de la custodia y los cuidados personales de sus hijos, en este caso la madre impide las visitas del padre e incluso desconoce en varias ocasiones fallos judiciales y administrativos, llegando al extremo de trasladarse con sus hijos de ciudad, lo que hace que el padre solicite un mecanismo de búsqueda para dar con el paradero de los mismos. Ante esta situación la Corte expresa que:

En distintos casos, puede generarse una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, y ésta a su vez, originar, por motivos evidentes, que el derecho de custodia y cuidado personal quede en cabeza de uno de ellos, mientras el otro conserva el derecho de visitas. Si bien este evento puede considerarse como una alteración al entorno familiar de un niño que conocía otra configuración del grupo, no por ello la escisión ha de ocasionar la ruptura de los lazos familiares, pues precisamente frente a situaciones como éstas deben aplicarse los postulados convencionales, constitucionales y legales de protección a la familia.

Destacando entonces que, este tipo de separaciones, siempre y que no se trate de la pérdida de la patria potestad o de la autoridad paterna, “[...] de ninguna manera implican pérdidas sobre los derechos y deberes de crianza, cuidado y acompañamiento, por lo que el padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos.” (C.C., T-115/14, 2014)

Posteriormente la Corte Constitucional señala que la custodia podría ser otorgada siempre que se cumplan con una serie de condiciones, independientemente de si se cuentan con lazos sanguíneos o no. De hecho, ha expresado esta Corporación que ni siquiera el hecho de que la madre se encuentre en un centro carcelario es motivo para separar a los NNA de la familia, sea esta consanguínea o no, pues recordemos, que se reconoce todas las formas en

las que esta pueda presentarse. Por eso en la Sentencia C- 569 de 2016 la Corte Constitucional señala:

Otorgar la custodia a cualquier persona capaz (que cuente con lazos de consanguinidad o no), siempre que dicha persona demuestre con suficiencia y rigor probatorio lazos estrechos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor (C.C., C-569/16, 2016)

En esta sentencia la Corte remarca lo anteriormente dicho en relación a la familia como institución fundamental para el desarrollo integral del niño, tal y como se evidencia en el artículo 44 constitucional y demás normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Señalando entonces que [...] el marco jurídico en el que se desarrolla el concepto de custodia de los menores de edad, debe leerse en el conjunto con las normas de crianza, educación, orientación, y son los padres los primeros llamados a garantizar y proteger el interés superior de los menores de edad. En este sentido, como se observó a los menores de edad se les debe garantizar el derecho a tener una familia y a mantener relaciones afectivas con sus parientes (C.C., C-569/16, 2016)

A su vez que, si bien la custodia de los NNA puede ser compartida por ambos padres, como primeros llamados a la garantía de sus derechos de manera permanente y solidaria, ello no es razón para excluir que “[...] el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia” (C.C., C-569/16, 2016)

Para efectos de otorgar la custodia de un NNA conviene traer a colación lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia [Ley 1098 de 2006], en lo que corresponde al procedimiento por mutuo acuerdo de los padres o a través de la autoridad administrativa competente, señala entonces la Corte que:

[...] (i) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del Defensor de Familia (art. 82.9); (ii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iii) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100). En cuanto al trámite judicial, se realiza la solicitud ante

un juez de familia, a través de un proceso verbal sumario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 390 (3) del Código General del Proceso. (C.C., C-569/16, 2016)

Por lo que, como se señala acertadamente por la Corte, la decisión administrativa o judicial debe fundarse siempre en el interés superior del niño, siendo criterio obligatorio “[...] evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor” (C.C., C-569/16, 2016). Y esto más aún teniendo en cuenta que ante la inexistencia de un modelo único de familia y su recomposición se presentan nuevos para los padres en su relación con los hijos, pero no solo estos, sino una serie de retos para la sociedad y el Estado para su protección y garantías: “[...] Entre estos desafíos, se encuentra el hecho de que en la ruptura de los vínculos afectivos entre los padres se deba velar porque el niño conserve las relaciones con los dos, en igualdad de condiciones.”. (C.C., T-311/17, 2017)

Es bastante importante lo dicho por la Corte Constitucional al respecto, señala que en relación a la custodia compartida:

[...] La separación de sus padres, no puede desconocer el deber de mantener al niño unido a su familia. El contacto personal de sus padres para el desarrollo armónico de sus hijos implica el ejercicio necesario de la custodia y de las visitas. De allí que, sean constitucionalmente reprochables las conductas de los padres que tienen a su cargo la custodia y que buscan separarlo del otro padre. Además, como las decisiones judiciales que se toman en relación con el régimen de visitas y de custodia no hacen tránsito a cosa juzgada material y pueden ser revisadas, en pro del interés superior, es necesario advertir que se deben tener en consideración las conductas de un padre que ha abusado del ejercicio de la custodia, no sólo en contra del otro progenitor, sino también en detrimento de los derechos del niño. En consecuencia, frente a esta situación es posible modificar la custodia incluso por la vía de la acción de tutela. (C.C., T-311/17, 2017)

Así mismo, es de destacar que en la Sentencia STC-12085 de 2018, la Corte Suprema de Justicia admitió el régimen de custodia compartida en Colombia y recalcó que para su aplicación se debía directamente a la protección del interés superior de los niños y el derecho que tienen estos, a tener una familia y no ser separados de ella.

3.3 Regla general

A partir de la sentencia T-384 de 2018 se presenta un cambio en el modelo convencional de atribución de la custodia y los cuidados personales de los hijos cuando se da la ruptura del vínculo de los padres, pues dicha figura pasó de ser una modalidad adoptada por común acuerdo de los padres y excepcionalmente acogida por el operador jurídico administrativo o judicial con aras de proteger el interés superior de los NNA y el derecho que tienen estos a tener una familia y no ser separados de ella. Al ser concebida como la regla general y no la excepción, podrían generarse situaciones en las que la custodia compartida se adoptaría independientemente del estado de la relación de los padres, es decir, sea esta conflictiva o no. Por lo que se podrían generar situaciones en las que la aplicación general e irreflexiva de la custodia compartida termine afectando los derechos e intereses superiores del niño. Una aplicación automatizada de la regla puede llevar a que rara vez se aplique la excepción. Que ante el no acuerdo de los padres, los operadores judiciales y administrativos sin conocer de primera mano la situación dentro del hogar (toda vez que son los padres [e hijos] quienes la viven y saben si lo más conveniente es que ambos estén compartiendo la custodia del hijo o si por el contrario, lo mejor, en términos relacionales, es que sea uno el que ostente dicha custodia y el otro el que tenga a su cargo el régimen de visitas con una eventual regulación de alimentos) y ante deficiencias probatoria o de interpretación se vulneren los derechos de los niños y se desconozcan las obligaciones y los derechos que son inherentes a la condición de padres en la práctica.

4. Análisis de casos Comisaría de Familia de Belén

Una vez realizado el análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura compartida, se hará un análisis de casos, esto con la intención de que el lector pueda evidenciar si los cambios efectuados por la sentencia T-384 de 2018 (Custodia compartida como regla general) son recomendables en la práctica o si su imposición por el operador jurídico, la relación entre los padres, etc., generan problemas, incluso al punto de necesitar de otras figuras para poder deshacer los efectos, o modificar su contenido al no estar conformes con la decisión tomada (como la tutela contra providencias judiciales). Así, toda vez que se trata de un proceso de única instancia cuya sentencia no hace tránsito a cosa juzgada material sino formal, por lo

que en cualquier momento alguna de las partes que no se encuentre conforme con la decisión, puede acudir ante el operador administrativo o judicial a que se haga revisión y una eventual modificación de dicha providencia, acta o sentencia.

Se pretende entonces, una vez filtradas varias decisiones tomadas por la Comisaría de Belén analizar las actas de conciliación (AC) número 1098 02-25307-19 y la 1098 02-32861-19 toda vez que su contenido es relevante para el estudio sobre la materia y un valioso recurso para el examen de la implementación de la custodia compartida.

El análisis tratará de tener en cuenta aspectos como: el motivo de la ruptura del vínculo parental (resaltando aspectos importantes como la convivencia y el lugar de residencia del niño) y si la custodia fue una decisión de ambos padres o si fue decretada por el operador administrativo. Así mismo, se analizará cuáles son los criterios que se tuvieron en cuenta para su adopción y por último, cuáles son los cambios que implica la adopción de dicho modelo de vida del hijo.

4.1 Comisaría de Belén – Acta de Conciliación número 1098 02-32661-19.

El día 15 de Julio de 2019 se llevó a cabo la audiencia de fijación de cuidados personales, visitas y cuota alimentaria de una niña de 2 años de edad por solicitud de su madre, dicha conciliación falló, por lo que se inició un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

Lo primero que pudo observar el equipo interdisciplinario de la Comisaría de Belén, fue que existía una mala relación entre los padres, que la madre todavía tenía sentimientos de amor hacia este, así mismo, que a la madre le molestaba el hecho de que se le delegara, en algunas ocasiones, el cuidado de la niña a su hermana de 16 años por parte del padre. En cuanto al padre, observaron que él quería pasar la misma cantidad de tiempo que la madre con su hija. También se evidenció que ambos padres tenían un estilo de crianza diferente, que el de la madre era más tranquilo y que el del padre era más estricto. En cuanto a la red de apoyo familiar, se encontró que ambos contaban con una.

La verificación del estado de derechos de la niña arrojó que la mayoría de sus derechos se encontraban garantizados. Pero, que por los problemas que habían tenido los padres después de la ruptura y las diferencias en los estilos de crianza de uno y otro, amenazaban sus derechos a un ambiente sano, su derecho a la vida y a la integridad personal; que en cuanto a los factores de riesgo se evidenciaron ciertos problemas de comunicación entre los padres y el hecho de que la niña fuera cuidada por su hermana menor de edad.

En este caso, los padres nunca vivieron juntos, pero esto no implicó su separación con su hija, desde que la niña nació ambos padres hicieron parte activa de su crecimiento y aunque tenían problemas, lo más importante para ellos siempre fue el bienestar de su hija, para así lograr su adecuado desarrollo integral.

Situación que posibilitaba, en mayor medida, que el hecho de pactar la custodia compartida fuera lo más conveniente para la niña.

Los fundamentos de derecho utilizados por el Comisario de Familia de Belén para la adopción de la custodia compartida fueron principalmente, la Convención Sobre los Derechos de los Niños, la Constitución, el Código de la Infancia y de la Adolescencia y lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-384 de 2018.

Independientemente de la ruptura como pareja sentimental de los padres, se esperaba que se dé un reparto efectivo, equitativo y equilibrado de derechos y responsabilidades de éstos frente al ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, cuidado y educación de los hijos comunes; el *principio de igualdad parental* que refiere a la igualdad real entre ambos padres que permita afianzar la progenitura responsable constitucionalmente establecida; y, el más relevante de todos, el *derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes*, que refiere a otorgar las más altas garantías para hacer efectivo el interés superior del menor como consideración primordial y su derecho a tener una familia donde concurren ambos padres activamente, lo cual implica tener en cuenta varios lineamientos que permitan ponderar su conveniencia según el contexto familiar, entre los que cabe destacar los siguientes, sin pretensión de exhaustividad. (Comisaría de Familia 16 de Medellín, Sentencia 1098 02-32661-19. p. 23)

4.2 Comisaría de Belén- Acta de conciliación número 1098 02-25307-19

El día 16 de Julio de 2019 se llevó a cabo en la Comisaría 16 DE Familia de Belén en Medellín, la audiencia de fijación de cuidados personales, visitas y cuota alimentaria de un niño, quien para ese entonces contaba con 3 años de edad y vivía con su madre; en este caso la audiencia de conciliación falló, por lo que el Comisario junto con su equipo interdisciplinario inició un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos del niño.

Lo primero hecho por el operador administrativo y su equipo fue revisar la relación entre los padres, la cual se encontraba dañada por problemas de pareja que no habían sido resueltos tras la separación; en cuanto a la relación paterno filial, se determinó que ambos padres pasaban tiempo de calidad con el niño y que así mismo, contaban con una red de apoyo familiar.

En cuanto a la verificación del estado de cumplimiento de derechos del niño, se encontró que los derechos que este tenía garantizados eran principalmente el derecho a la vivienda, a la familia, a la salud, a la educación, a la alimentación, al vestuario y recreación por parte de sus dos progenitores; los derechos amenazados por su parte eran, el derecho a la calidad de vida y un ambiente sano, pues los padres en ocasiones llegaban a discutir frente al niño. Los factores de riesgo encontrados eran distanciamiento afectivo de los padres (lo cual traía dificultades en la comunicación), razón por la cual como recomendación, se les pidió iniciar de manera inmediata intervención psicoterapéutica de padres separados, con el objetivo de fortalecer su rol como padres, en pautas de crianza, en comunicación asertiva, en resolución de conflictos y prevención de los derechos de su hijo.

Si bien se puede evidenciar que ambos padres no estaban de acuerdo al momento de conciliar lo atinente a la custodia y los cuidados personales del niño, el padre durante el PARD solicita que dicha custodia sea compartida, ya que este reconoce que el niño encuentra garantizados sus derechos tanto al estar con su madre, como con él y con ambas redes de apoyo familiar, también el hecho de que ambos cuentan con los medios adecuados para

garantizar el interés superior del niño y el derecho que este tiene a tener una familia y a no ser separado de ella; al respecto se dijo lo siguiente:

[...] concluyen que efectivamente el uno y el otro tiene condiciones habitacionales dignas para el cuidado de tener a su hijo, no se presentan riesgos de vulneración de sus derechos, sobre el aspecto de cuidado pautas de crianza formación y educación del niño, de suerte que no tenemos crítica de los cuidados que le pueda brindar uno u otro progenitor [...] Entonces para privilegiar la custodia compartida debe precaverse de un vínculo afectivo familiar, basado en el amor necesario para su crecimiento, así como el cubrimiento de sus necesidades básicas, y la estabilidad de los padres en brindarle amor y cariño, que requiere para el desarrollo armónico (...) sin desvincular al otro progenitor. (Comisaría de Familia 16 de Medellín, Sentencia 1098 02-25307-19. p. 14)

La decisión de pactar la custodia compartida fue influenciada principalmente por la petición que hizo el padre para su implementación, pero también, la decisión del Comisario fue basada en la regla general de establecer dicha custodia de manera compartida siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia y de las disposiciones constitucionales, convencionales y legales.

La adopción de la custodia compartida por ambos padres en este caso, no supone un cambio abrupto en el niño, pues esta, no presenta cambios que alteren y perjudiquen su crecimiento o su desarrollo integral ya que las condiciones personales, familiares, sociales y económicas de ambos padres, además de la cercanía de domicilios, lo permiten.

Del análisis de ambos casos se puede desprender la gran influencia que tienen, en la atribución de la custodia compartida de los hijos, las condiciones favorables, por parte de ambos padres (de carácter personal, familiar, psicológico, económico y sociales), así como también factores como la cercanía de los domicilios de estos, la ubicación de la institución educativa de los niños, entre otros. Se desprende que uno de los criterios más importantes tomados en cuenta para dicha atribución fue la protección del interés superior de ambos niños en cada caso, el derecho que tienen estos a tener una familia y a no ser separados de ella; si bien en los casos analizados los niños no podían ser escuchados (al estar en una edad

temprana), se destaca que los padres contaban con la disposición para que la adopción de la custodia compartida funcionase, pues eran conscientes de que tanto el padre como la madre deben de hacer parte activa de la vida de los hijos, y que, independientemente de los problemas relacionales, lo más importante es garantizar su bienestar, por lo que los conflictos que se tengan deben ceder y dejarse de lado para que ello no influya de manera negativa en el desarrollo integral de sus hijos.

5. Conclusiones

La discusión jurídica acerca de la de si la custodia compartida debe aplicarse o no como regla general es compleja, está llena de matices y requiere de análisis profundos acerca de las circunstancias para dar una correcta solución en cada caso concreto de cara los derechos de los niños, es por ello, que resulta adecuado dar algunas de las conclusiones, a las que el análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, permitieron llegar:

1. La custodia compartida es una figura jurídica que busca -ante la ruptura de los vínculos relacionales de los padres - que los vínculos paterno filiales con los hijos no se vean alterados y por tanto ambos padres ejerzan y disfruten sus derechos y se garantice el cabal cumplimiento de sus deberes en igualdad de condiciones.
2. Las visitas también pueden ser un tipo de custodia compartida, siempre que el padre no custodio conserve una relación directa con el hijo, la cual debe de estar mediada por el otro progenitor en pro de la protección integral de los derechos que tienen padres e hijos, es decir, el hecho de que el otro padre no conserve las visitas no puede suponer un desconocimiento de sus derechos como padre y en ningún momento se puede convertir esta, en un ejercicio arbitrario de la custodia y los cuidados personales de los hijos.
3. A partir de la sentencia T-384 de 2018 se presentó un cambio en el modelo convencional de atribución de la custodia y los cuidados personales de los hijos en Colombia al convertirse la custodia compartida en la regla general. En dicha providencia, la Corte estableció, que el pacto que verse sobre custodia compartida se debe fundamentar en tres pilares: corresponsabilidad e igualdad parental y coparentalidad.

4. Existen posturas que afirman que la custodia compartida garantiza la igualdad entre los padres y por tanto, implica un avance en cuestiones de género. Sin embargo, otras posturas afirman que la figura puede acarrear discriminación para las mujeres mientras no se haya superado el modelo patriarcal de familia, por lo que son criterios importantes a tener en cuenta a la hora de implementarlo.
5. La custodia compartida tiene como principal sustento jurídico la protección del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y el derecho que tienen estos a crecer en una familia y no ser separados de ella. Por esto, la familia es la principal llamada a proteger dicho interés, pero no se puede desconocer el papel fundamental de la sociedad y del Estado para que se dé una adecuada garantía del mismo.
6. Una de las ventajas que se evidencia en los países en los cuales la custodia compartida es tomada como régimen preferencial es que reduce la litigiosidad y judicialización de los conflictos entre los padres, así mismo, logra fomentar la celebración de acuerdos entre los mismos (buscando evitar el proceso contencioso).
7. La aplicación automática de la custodia compartida (como regla general) puede llevar a desconocer las condiciones particulares en que se desenvuelven las familias (condiciones económicas, sociales, familiares, de tiempo, personales, educativas, domiciliarias, etc. de los padres e hijos), siendo fuente de perturbación de los derechos de los niños principalmente, por tanto, se requiere que los operadores judiciales o administrativos hagan uso de criterios multidisciplinarios para su correcta implementación.
8. Los efectos beneficiosos de la implementación de la custodia compartida van disminuyendo en la medida de que no son los padres quienes de común acuerdo la deciden. Es por esto por lo que, el común acuerdo de los padres debería de ser uno de los criterios determinantes a la hora de su implementación. Su correcto devenir requiere necesariamente del acuerdo de ambos o por lo menos de un mínimo de entendimiento entre ambos padres, las salidas oficiosas generalmente suponen el germen de nuevos conflictos si no garantiza de forma igualitaria el derecho de los progenitores.
9. Si bien la figura de la custodia compartida en Colombia no tiene una regulación legal integral propia, ello no es impedimento para su implementación, para ello se hace

necesario un entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales, convencionales y legales.

Referencias

Aguilar, J. M. (2012). El síndrome de alienación parental como tipo de maltrato en los servicios especializados: diagnóstico e intervención. In *Conferencia en el Sexto Congreso Internacional de derecho de familia. Medellín: Universidad de Antioquia.*

Cartujo, J. I. B. (2015). Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional. *Psicopatología Clínica Legal Forense*, 15(1), 57-72

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts 288, 15 de abril de 1887 (Colombia).

Código de la Infancia y la Adolescencia [CIA]. Ley 1098 de 2006. Arts 8, 10, 14,23, 26, 38, 39, 50 y ss (Colombia).

Comisaría de Familia 16 de Medellín. (15 de julio de 2019) Sentencia 1098 02-32861-19 [MP Carlos Alberto Velásquez Escobar]

Comisaría de Familia 16 de Medellín. (16 de julio de 2019) Sentencia 1098 02-25307-19 [MP Carlos Alberto Velásquez Escobar]

Constitución Política de Colombia [CP].

Córdoba, J. (2014). Estilos de crianza vinculados a comportamientos problemáticos de niñas, niños y adolescentes. *Trabajo de investigación para el título de Maestría en Salud Mental. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.*

Corte Constitucional, Sala Segunda. (11 de octubre de 1994) Sentencia T 442 -1994. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional, Sala Séptima. (6 de diciembre de 2005) Sentencia T 1275-2005. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, Sala Quinta. (20 de enero de 2012) Sentencia T 012 - 2012. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala Tercera. (3 de marzo de 2014) Sentencia T 115-2014. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional, Sala Plena (19 de octubre de 2016) Sentencia C 569-2016. [MP Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional, Sala Tercera. (10 de mayo de 2017) Sentencia T 311-2017. [MP Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional, Sala Séptima. (20 de septiembre de 2018) Sentencia T 384-2018. [MP Cristina Pardo Schlesinger].

Duarte, R. (2015). Custodia compartida en Colombia “análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado”. *Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho*.

García, M. B., Aragón, V., García, M. D., Marín, C., Matas, A. M., & Soler, C. (2007). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre Psicología y Derecho. *Anuario de Psicología Jurídica*, 17(1), 131-151.

Ibáñez Valverde, V. J. (2004). El laberinto de la Custodia Compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados. *Boletín de Derecho de Familia*, 4(40/41), 1-15.

Lathrop Gómez, F. (2010). Custodia compartida, acuerdo de los padres y establecimiento de oficio: un fallo en ausencia de ley (Corte de Apelaciones de Santiago). *Revista de derecho (Valdivia)*, 23(2), 237-245.

Lathrop, F. (2019). Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (10).

Martín Molina, A. A. (2017). Cuestiones actuales sobre la custodia compartida.

Navarro, A. V. (2015). El continuum de la custodia compartida. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 15(1), 91-107.

Ortega, H. M., & Bola, J. C. (2011). La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho. *Justicia*, 16(20).

Restrepo Barreto, V., Ochoa Suta, A. C., & Campos Guzmán, N. E. (2020). Criterios para orientar los procesos de custodia compartida en la conciliación en Colombia.

Rodríguez Pinto, M. S. (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista chilena de derecho*, 36(3), 545-586.