



**DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA:  
DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

**VIRGINIA BEATRIZ DIAZ GRANADOS BARROS**

**Trabajo de Grado para optar al título de Máster en Derecho de Familia**

**Sandra Soraya López Gutiérrez**

**Director/a del Trabajo de Grado**

**MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA**

**BOGOTÁ**

**2021**

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>p. 1-5</b>
<b>CAPÍTULO I. LA CUSTODIA.</b>	
<b>Base normativa .....</b>	<b>p. 6-8</b>
<b>Las diferencias conceptuales entre patria potestad, responsabilidad parental, custodia y custodia compartida.....</b>	<b>p. 8-12</b>
<b>El concepto de familia en el siglo 21.....</b>	<b>p. 12-14</b>
<b>CAPÍTULO II. RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.</b>	
<b>Los desafíos de la custodia compartida en España.....</b>	<b>p. 15-19</b>
<b>Los desafíos de la custodia compartida Chile.....</b>	<b>p. 19-21</b>
<b>Los desafíos de la custodia compartida en Puerto Rico.....</b>	<b>p. 21-24</b>
<b>Conclusión.....</b>	<b>p. 24-25</b>
<b>CAPÍTULO III. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CONTEXTOS DE CONCILIACIÓN.</b>	
<b>Sentencia STC 12085-2018.....</b>	<b>p. 26-29</b>
<b>Sentencia T-428/18.....</b>	<b>p. 29-30</b>
<b>Sentencia T-443/18.....</b>	<b>p. 30-34</b>
<b>Sentencia T-384/18 .....</b>	<b>p. 34-40</b>
<b>Análisis de los desafíos.....</b>	<b>p. 40-42</b>
<b>CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	<b>p. 43-48</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>p. 49-54</b>

## **DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

**Resumen:** Los retos de la implementación de la custodia compartida en los ordenamientos jurídicos de España, Chile y Puerto Rico, permiten evidenciar los posibles problemas que supone su implementación en el ordenamiento jurídico Colombiano, sin embargo, los desafíos hallados en otras legislaciones han sido solventados jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional en Colombia. De manera que, a pesar de no estar integralmente regulado, el interés superior de los niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) y el derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella han guiado los análisis de la implementación de la custodia compartida en diversos casos, logrando garantizar los derechos e intereses de los NNA.

**Palabras clave:** Custodia compartida, interés superior, Familia, desafíos legales, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia.

**Abstract:** The challenges of implementing joint custody in the legal systems of Spain, Chile and Puerto Rico make it possible to see the possible problems that its implementation suppose in the Colombian legal system. However, the challenges encountered in other legal systems have been resolved in case law by the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court in Colombia. Thus, although not fully regulated, the best interests of children and young persons and the fundamental right to have a family and not be separated from it, have guided analyses of the implementation of joint custody in various cases, thus ensuring the rights and interests of children and young persons.

**Key Words:** Joint custody, best interests, family, legal challenges, Constitutional Court, Supreme Court of Justice

## INTRODUCCIÓN

La Superintendencia de Notariado y Registro indicó que “en el 2020 se registraron 12.637 divorcios” (CEJ.2020), es decir, un 35% menos en comparación con el 2019 (Vita Mesa.2020). Si bien, estos datos sólo hacen referencia a los divorcios tramitados ante las notarías y no incluyen los casos cursados ante los jueces de familia, sí brindan un indicio acerca de la posible cantidad de separaciones en las que se podrían ver involucrados los intereses de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), frente a su custodia, alimentos y derecho a tener una familia y no ser separados de ella. En este sentido, permite analizar las condiciones bajo las cuales se materializan sus intereses y derechos en los contextos de ruptura familiar.

Pues cuando se presentan rupturas familiares, especialmente las conyugales o maritales, se “configura una conmoción para todos los intervinientes de la misma, especialmente para los hijos” (Secretaría General Técnica. 2001). Por ello, a pesar de ser una situación que se desarrolla en el ámbito privado de la familia, si hay intereses de NNA es necesaria la intervención del Estado a través de los defensores de familia o de los jueces para asegurar el interés superior de los NNA frente a sus derechos.

Esto, en razón del artículo 44 de la Constitución Política que señala “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. De manera que cuando la “familia y la sociedad no pueden garantizar el desarrollo de los niños, entonces el Estado tiene la obligación de garantizarlos” (Sentencia T-844/11). Aún más si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que los niños, niñas y adolescentes son grupos poblacionales de especial protección constitucional, “condición que se hace manifiesta en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna” (Sentencia T-468/18).

En igual sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo tercero señala que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior

del niño” (Convención sobre los Derechos del Niño. 1989). Este precepto, le permite al juez guiar sus decisiones e incluso establecer la custodia, de manera excepcional, hacia miembros de la familia extendida, incluso en contra de la voluntad de los progenitores o de alguno de ellos. En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-177 de 2017 señaló

Cuando son los padres quienes vulneran los derechos de sus hijos y concurren causas graves, la custodia puede encomendarse, de forma excepcional, a un tercero en aras de dar prevalencia al interés del menor. En estos eventos se suele encargar la guarda a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consientan, y de no haberlo, a una institución idónea, confiriendo el juez las funciones tutelares.

Sobre este aspecto, el texto *Decisiones sobre custodia y visitas: La perspectiva jurídica y familiar*, señala que los jueces en los casos en los que “se verifica la presencia de abuso, conceden la custodia a un familiar del menor que pueda garantizar su seguridad. En estos casos, el abuso por parte del progenitor adquiere importancia en la decisión que toma la juez” (Jaramillo, *et al.* 2015. p. 62). De esta manera, se evidencia que, al momento de determinar la custodia de los NNA, los jueces después del análisis del acervo probatorio, basados en la sana crítica y en la experiencia, deben propender por la materialización de sus intereses y derechos. Esto, le permite a los jueces, que en contextos en los que los progenitores vulneran los derechos de los NNA, puede encargar la custodia a un miembro de la familia extendida que asegure los intereses superiores de los NNA o incluso a instituciones idóneas.

Ahora bien, habiendo señalado algunos de los alcances que tiene la custodia, es pertinente resaltar que este proyecto se enfoca en la custodia compartida. La que para efectos del presente texto se entenderá como la tenencia física y cuidado personal sobre los NNA que corresponde ejercer al padre y madre de éste, en desarrollo del principio de igualdad y de la progenitura responsable. De manera que se puede entender como una consecuencia de “la aplicación [...] del principio del interés superior del menor, al que hay que añadir el principio de igualdad entre hombre y mujer, el principio de coparentalidad y el principio de corresponsabilidad parental” (Torres Perea. 2011. p.15)

En este aspecto, la doctrina ha señalado que la figura de la custodia compartida promueve cambios paradigmáticos frente al papel de ambas figuras parentales en el crecimiento y desarrollo de los NNA. (Venegas y Becerril. 2017; Fariña, *et al.* 2017; García Reyes. s.f). Dado que fomenta “que ambos progenitores mantengan el compromiso constante

de cuidar, educar, orientar y apoyar a sus hijos e hijas, satisfaciendo plenamente todas sus necesidades materiales, pero especialmente las psicoemocionales” (Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., Vázquez, M. J. 2017. p. 111) De manera que no solo es una figura jurídica que puede representar la prevalencia de los intereses de los NNA, sino que también es una figura que permite fortalecer los vínculos paternos y maternos con los NNA.

A este respecto, el principio de coparentalidad se ha derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (Artículo 9.3) Con lo cual el principio de coparentalidad se puede entender como el derecho que tienen los NNA de relacionarse y ser cuidados por ambos progenitores. Mientras que el principio de corresponsabilidad parental se ha entendido como “la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos” (Acuña San Martín. 2013).

De manera que “El principio de coparentalidad es el derecho de los niños de relacionarse con los padres; y el principio de corresponsabilidad parental, se refiere a las obligaciones comunes de los padres respecto de sus hijos” (Solórzano Canales, M., Rivera Cano, M., Pichardo Ruiz, O. 2017), ambos principios centralizan los roles paternos y maternos en la crianza y cuidado de los NNA, lo que a su vez implica un cambio cultural en la medida que permite abandonar el concepto de exclusividad del rol materno e iguala el rol paterno en el cuidado de los hijos.

Si bien estos principios se desarrollan de mejor manera en la figura de la custodia compartida, también pueden desarrollarse en otros modelos de custodia, tal y como lo señala la Corte Constitucional

El juez de familia [...], tiene la discrecionalidad para adoptar el sistema de custodia que resulta más apropiado para los menores, entre el ejercicio de la custodia compartida por ambos progenitores o la custodia monoparental estableciendo al padre o la madre no custodio el régimen de visitas y la cuota alimentaria correspondiente. (Sentencia T-384/18)

Con lo que se evidencia que la figura de la custodia compartida no es aplicable a todos los casos. De modo, que para determinar si es una figura aplicable o no, en diversas jurisdicciones como España, Puerto Rico y Chile; se han establecido criterios objetivos que le permiten a los progenitores y jueces conocer bajo qué circunstancias puede ser concedida la custodia compartida. Estos estándares cambian en cada jurisdicción y en ocasiones se debe a un desarrollo jurisprudencial más que normativo, pero tienden principalmente a tener en cuenta la edad de los NNA, la relación de éstos con cada uno de sus progenitores y la cercanía de residencias entre los progenitores. Estos criterios junto con el material probatorio aportado en cada caso podrían conducir a la declaratoria de la custodia compartida o no.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente señalar que en el caso de Colombia no hay una regulación expresa e integral que permita dar seguridad jurídica en la aplicación de esta figura. Esto en muchas situaciones ha implicado que pese a constituirse en el mejor modelo de custodia para enarbolar los derechos e intereses de los NNA, no sea proyectada al caso en concreto. Un claro ejemplo, es el concepto pronunciado por el ICBF en el 2015 donde señala

En el caso que nos ocupa, es procedente indicar al consultante que en Colombia no se encuentra regulada la custodia compartida, motivo por el cual, en éste caso, cuando los padres se encuentran separados o no tienen una vida en común, lo que debe solicitar bien sea a la autoridad administrativa competente del lugar donde reside su hijo menor de edad o de ser necesario ante el juez de familia que corresponda, la reglamentación de visitas a favor del niño con el padre, visitas que deberán tener la periodicidad que se requiere con el fin de mantener y estrechar las relaciones familiares, recibir el amor y el cuidado que de ambos padres pueden brindarle. (Concepto 94 de 2015)

Incluso, si se tiene en cuenta que en Colombia se debatió el proyecto de Ley 005 de 2008 Senado y 337 de 2009 Cámara “Por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores” sin que haya logrado ser sancionada para convertirse en Ley y que muestra indicios acerca de la posible existencia de desafíos legales que deban ser solventados. Entonces resulta pertinente responder a la pregunta de investigación sobre ¿Cuáles son los desafíos legales que enfrenta Colombia a la hora de adoptar la custodia compartida como regla general, cuando hay ruptura del vínculo conyugal o marital entre los que ostentan la custodia de los niños, niñas y adolescentes?

Para este propósito, se usará el método cualitativo de tipo documental, en donde a partir de la doctrina, jurisprudencia y normatividad, tanto de Colombia como de España, Puerto Rico

y Chile; se identificarán, recogerán y analizarán los desafíos que rodean la implementación de la custodia compartida. En este sentido, se plantea como objetivo general el de determinar los desafíos legales que enfrenta la sociedad colombiana al adoptar la custodia compartida, como regla general, en contextos de ruptura de relaciones intrafamiliares, con el fin de garantizar la prevalencia del interés general de los niños, niñas y adolescentes. Para lograr este objetivo se abordarán tres objetivos específicos que permitan alcanzar el objetivo general y a su vez responder a la pregunta de investigación.

El primero, es analizar el tipo de custodia individual que existe en Colombia y sus falencias frente al reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se resaltará el concepto de familia en el siglo 21, para señalar algunos cambios sociológicos que darán herramientas para entender los cambios que resultan pertinentes en el Derecho de Familia colombiano. Igualmente, para contextualizar al lector respecto de cómo se concibe la custodia, qué modelos existen en la actualidad, en qué se diferencia de la patria potestad y responsabilidad parental.

El segundo, es indagar acerca de la posibilidad de implementar la Custodia Compartida como figura jurídica en el Derecho de Familia, y para ello se desarrollará un ejercicio comparativo que tiene como objetivo establecer una base de retos jurídicos identificados en Chile, Puerto Rico y España. Luego, esta base servirá como cimiento para realizar un análisis de contenido cualitativo sobre los desafíos jurídicos que enfrenta Colombia para adoptar la figura de la custodia compartida como regla general. Cabe señalar que este ejercicio se guiará por la idea señalada por Zweigert y Kötz, quienes observan que el derecho comparado ha servido para dar solución a problemas análogos en ordenamientos jurídicos distintos, de manera que se pretende comparar la institución de la custodia comparada en estos ordenamientos jurídicos diferentes.

Finalmente, el tercer objetivo es el de determinar soluciones frente a los desafíos encontrados. Para esto se hará uso de las conclusiones del segundo capítulo y se estudiarán los pronunciamientos de las Altas Cortes para determinar si la jurisprudencia ha señalado algunas soluciones a los desafíos encontrados y en caso de que no haya soluciones aún solventadas, se resaltaron los desafíos que aún queda por solventar y se harán planteamientos en orden a ofrecer soluciones para poder implementar la custodia compartida como regla general.

## CAPÍTULO I. LA CUSTODIA

Este capítulo se centrará en evidenciar y analizar el tipo de custodia individual que existe en Colombia y sus falencias frente al reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se resaltará el concepto de familia en el siglo 21, para señalar algunos cambios sociológicos que darán herramientas para entender los cambios que resultan pertinentes en el Derecho de Familia colombiano. Igualmente, para contextualizar al lector respecto de cómo se concibe la custodia, qué modelos existen en la actualidad, en qué se diferencia de la patria potestad y responsabilidad parental.

### **Base normativa**

Del artículo 44 de la Constitución Política de 1991 se desprenden, principalmente, las bases jurídicas sobre las que se desarrollan los derechos de los NNA en Colombia, en el que se señala que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

De igual forma, en el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia se establece que los niños, niñas y 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”, también, del artículo 253 y siguientes del Código Civil, que tratan acerca de los derechos u obligaciones que los padres tienen frente a los hijos.

Igualmente, por bloque de constitucionalidad la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991, señala en el preámbulo que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (ONU. 1989).

Además, señala que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” (Artículo 3. ONU. 1989). Sumado a lo anterior, los artículos 5, 7, 10, 12 y 18 se dirigen a establecer los derechos que tienen los NNA de ser cuidados por sus

padres, a mantener relaciones personales con ambos padres de manera periódica, a ser escuchados y tenidos en cuenta en todo procedimiento judicial y administrativo, de igual forma, señalan los deberes de crianza, cuidado y desarrollo que los padres tienen frente a los NNA.

Ahora bien, frente a los principios se resalta el interés superior de los NNA, que debe ser considerado en cada decisión judicial o administrativa asegurando la protección especial de la que gozan los NNA. Dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada NNA, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean. Particularmente, en el marco de los procesos de custodia y cuidado personal, las autoridades administrativas y judiciales están en el deber de aplicar este principio como piedra angular en la toma de las decisiones que afecten a los niños, pues de ello dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales. (Sentencia T-033/20). De esta forma, se evidencia que en el Estado Colombiano existe todo un andamiaje normativo que propende por la materialización de los derechos de los NNA.

Ahora bien, también es menester resaltar que la doctrina ha contribuido en el desarrollo de diversos escenarios en los que se puede distribuir la custodia de los NNA en contextos de rupturas intrafamiliares. Así pues, el texto *Nadie pierde: la guarda y custodia compartida* manifiesta que pueden presentarse tres casos, principales, en los que se distribuyen la custodia. El primer escenario es el caso en que tanto la patria potestad como la custodia la detenta un progenitor, porque el otro progenitor fue suspendido o privado de la patria potestad por haber incurrido en las conductas señaladas en el artículo 310 y 315 del Código Civil.

El segundo escenario, que se plantea es el de la patria potestad conjunta y la custodia exclusiva y es el típico caso en el que, aunque ambos progenitores gocen de la patria potestad, el ejercicio de la misma es practicado sólo por el progenitor que detenta la custodia de NNA.

El tercer escenario, y en que se basa el presente proyecto, es donde la patria potestad es conjunta y la custodia es compartida. De manera que, aunque los progenitores hayan terminado sus relaciones emocionales, esto no implique la renuncia al cuidado, contacto, educación y presencia constante en la vida de los NNA de modo que la custodia compartida es la situación en donde

ambos padres se encargan de cuidar personalmente de sus hijos conviviendo con ellos por periodos de tiempo definidos y de manera general insistiéndoles en su proceso de crecimiento. (Zafra Espinosa de los Monteros. 2018)

En línea con el tercer escenario, tanto la doctrina como los desarrollos jurisprudenciales han señalado la importancia de la disponibilidad física, mental y de tiempo de los padres para hacerse cargo de los hijos. Así,

el reparto igualitario de tiempo es poco coherente con mejores resultados y no es realista la exacta división de la parentalidad y la responsabilidad de ambos padres, si no que exista un balance ajustado al temperamento del hijo, su nivel de resiliencia, la etapa del desarrollo, su edad cronológica y lo que mejor se ajusta a las capacidades de cada padre, ya que si un progenitor no contribuye o asume razonablemente su responsabilidad para con sus hijos está generando en ellos disfunciones personales (Marín, M. D., & Víctor Horcajo, P. J. 2017)

De manera que la custodia compartida si bien maximiza la prevalencia del interés de los NNA, es una institución que no se debe aplicar de la misma forma en todos los casos. Pues, aunque sea un derecho de los NNA el tener una vida equilibrada que incluye la atención por parte de sus progenitores, siempre se debe tener en cuenta las capacidades de los padres para atender los derechos de los hijos. Por consiguiente, lo que, *prima facie*, parece una contradicción frente al interés general del NNA, realmente es un análisis necesario, en orden a materializarlo, y no generar perjuicios en su desarrollo integral.

En este sentido, la Corte Constitucional en el año 2018 resolvió multitud de dudas alrededor de la aplicación de la figura compartida en Colombia. Más específicamente, en sentencia T-384 de 2018 establece que, aunque en Colombia la figura de la custodia compartida no cuenta con una regulación expresa, los artículos constitucionales 5,42,44 y 93 permiten que los jueces puedan promover el establecimiento de la custodia compartida. Así pues, se evidencia la existencia de normatividad que le permite al Derecho de Familia adoptar las decisiones que aseguren los intereses de los NNA.

### **Las diferencias conceptuales entre patria potestad, responsabilidad parental, custodia y custodia compartida**

Ahora bien, es menester señalar las diferencias conceptuales que existen entre responsabilidad parental, patria potestad, custodia y custodia compartida. Con el fin de

entender las implicaciones en la implementación de la custodia compartida, como regla general, en procesos de ruptura de relaciones familiares. Así, la **patria potestad** según el artículo 288 del Código Civil es “el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”

Con lo cual, la Corte Constitucional ha señalado que la patria potestad en Colombia tiene las siguientes características:

1-Es obligatorio e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la Ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio. 2- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma Ley los excluya de su ejercicio. 3- Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma Ley lo permita. 4- Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres (Sentencia C-1003/07).

Del desarrollo del ejercicio de la patria potestad, otorga los siguientes derechos: 1-El usufructo de los bienes del hijo, 2- la administración de esos bienes, derechos que se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la Ley; el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles y 3- la representación judicial y extrajudicial del hijo (Sentencia C-145/10)

De manera que la patria potestad, se refiere a los derechos que tienen los padres para con sus hijos, en orden a permitirles realizar las tareas propias de los padres tendientes a garantizar la crianza y desarrollo integral de los NNA.

Por otro lado, **la responsabilidad parental** según el Código de Infancia y Adolescencia 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)

Así pues, la responsabilidad parental supone como característica principal, la adquisición de deberes por parte de los padres con los NNA. Entre estos deberes, está el de orientar, cuidar,

acompañar y criar. En este sentido, es una “institución jurídica creada no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación” (Sentencia T- 474 de 1996).

Cabe señalar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 44 de la Constitución Política los niños tienen el derecho a ser protegidos “contra toda forma de abandono, violencia física o moral, [...]”(subrayado por fuera del texto). De manera que la Corte Constitucional en sentencia C-1003/07 ha manifestado que si bien los padres tienen el deber de criar a los niños “en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor” ya que estos actos contrarían la Constitución de 1991.

Por otro lado, en Sentencia C-246/17 la Corte Constitucional manifiesta que la responsabilidad parental tiene límites en relación con el consentimiento de los NNA. De modo que si al NNA se le haya en capacidad o competencia para tomar la decisión frente a una intervención en el ámbito de su salud prima su decisión frente a la de sus padres. Pero si, por el contrario, el NNA no tiene la madurez, entonces prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental.

De esta forma, la responsabilidad parental ha tenido una evolución jurisprudencial, a través de la cual se le han impuesto ciertos límites, en el sentido de que los NNA en ciertas circunstancias pueden ser tenidos en cuenta hasta tal punto que su opinión prime sobre la de sus padres.

Por otra parte, **la custodia** según el Código de la Infancia y la Adolescencia se refiere al hecho de que

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales (artículo 23)

En este sentido, la Corte Constitucional ha dicho que el objetivo de la custodia es “asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de

vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad” (Sentencia T-510 de 2003). Ahora bien, si la patria potestad y la custodia buscan asegurar el desarrollo integral del NNA no son conceptos intercambiables, ya que como lo precisó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF:

En Colombia no es lo mismo la patria potestad a la custodia y cuidado personal de un niño niña o adolescente, toda vez que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres legítimos, extramatrimoniales o adoptivos y se podrá extender a una tercera persona y la patria potestad hace referencia al usufructo de los bienes administración de esos bienes, y poder de representación judicial y extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y que solo el Juez de Familia podrá disponer en un tercero. (Concepto 112 de 2013)

Con lo que es claro que entre sus diferencias se encuentra que la custodia es transferible, es decir, puede ser ejercida por personas diferentes a los padres y no incluye, para el que la ostenta, derechos administrativos ni de representación del NNA, de este modo “cuando se otorga la custodia del menor de edad a familiares u otras personas, no se transmite la patria potestad y adicionalmente no sustrae a los padres de las obligaciones contempladas por la Ley para con sus hijos”. (ICBF, concepto 112 de 2013). De manera que es posible conciliar la custodia y cuidado de un NNA mientras que la patria potestad no es conciliable ni transferible.

Finalmente, frente a la custodia compartida, es pertinente señalar que la relación entre custodia y custodia compartida se ha entendido como una relación de género-especie, siendo la primera el género y la segunda la especie. Esto, dado que desde la primera década del siglo XXI “en varios países europeos se impulsó la custodia compartida como modelo preferente, incitando a los padres a solicitarla *communi consensus*” (Duarte Gualdrón. 2015. p.23) De forma tal, que la custodia compartida tuvo su desarrollo dentro de la figura de la custodia, la cual había imperado en las culturas occidentales.

Teniendo en cuenta esta relación y el hecho de que el ordenamiento jurídico colombiano no la define de manera expresa ni integral, es posible precisar la custodia compartida como la tenencia física y cuidado personal sobre los NNA que corresponde ejercer al padre y madre de forma compartida y alterna entre los mismos. Así, la Corte Constitucional en Sentencia 384 del 2018 señaló tres pilares de la custodia compartida, a saber:

(i) el principio de corresponsabilidad parental que se traduce como la responsabilidad de ambos padres sobre las decisiones trascendentales de los hijos comunes, [...] 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 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.

Con lo cual, esta figura jurídica procede cuando se encuentren aseguradas las condiciones físicas, psicológicas, de realización de los principios del interés superior de los niños.

### **El concepto de familia en el siglo 21**

Los cambios sociales tales como la creciente independencia de las mujeres, el reconocimiento de otro tipo de uniones distintas al matrimonio y de familias no tradicionales, han identificado la diversidad social y la concepción de la familia. Por ejemplo, “las dimensiones sociodemográficas más analizadas en relación con la familia se cuenta el tamaño, las relaciones de parentesco, el ciclo de vida, los tipos de jefatura del hogar y el número y edad de los hijos” (Arriaga. 2004. p. 72) De este modo, al analizar los cambios referidos a la transformación en los papeles sociales y laborales de las mujeres permite entender una nueva forma de concebir la familia. De esta forma:

La participación femenina en el ámbito público origina nuevas percepciones de los roles que cumplen las mujeres y les permite una mayor autonomía de sus familias. Este cambio cultural se manifiesta en que la maternidad tiende a transformarse en una opción; en la postergación de la primera unión o del nacimiento del primer hijo; en una fecundidad más baja; en conflictos que afectan a las parejas de doble carrera, y en la necesidad de equilibrar el trabajo doméstico con el trabajo remunerado

Así, el Derecho de Familia se ha visto enfrentado a múltiples cambios en las estructuras sociales que han afectado su despliegue en la realidad. Por ello, para analizar los desafíos en la implementación de la custodia compartida en Colombia, primero es necesario delimitar conceptualmente lo que se entiende por familia en el pensamiento sociológico del

siglo 21, entendiéndolo como un concepto abierto y amplio. En este sentido, la doctrina ha señalado que el concepto de familia

Presenta una transformación sustancial en atención a los nuevos modelos sociales en que ésta se desarrolla, ya no se considera integrada exclusivamente por los parientes y los cónyuges como tradicionalmente se les identificaba, es decir, vinculada por matrimonio y relaciones parentales; ahora y en atención a la dinámica social, se contemplan otras formas de relaciones humanas donde los miembros que la integran se encuentran vinculados por lazos de afecto, de respeto, de convivencia y de solidaridad. (Oliva Gómez, E y Villa Guardiola, V. 2013, pág. 63).

Asimismo, el Observatorio de Políticas de las Familias (2015) afirma que en la actualidad:

Las familias en Colombia (...) han sufrido transformaciones en las últimas décadas, entre las que podemos mencionar algunas: la reducción en el número de hijos, los aumentos en la maternidad precoz, el aumento de las uniones consensuales y de las rupturas conyugales, el incremento de hogares monoparentales, de hogares unipersonales, y de familias reconstituidas.(pág. 8)

Sin embargo, el derecho de los jueces ha reconocido esos cambios pronunciándose sobre el concepto de familia definiéndose como:

Una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 2013).

Así pues, es evidente que las concepciones de familia del siglo pasado han cambiado considerablemente, abriendo el espectro de la familia a una definición basada en los lazos fraternales. Con ello, es pertinente tener en cuenta los cambios sociales señalados tanto por la doctrina como por las Cortes en orden a entender la perspectiva que se debe tener en cuenta a la hora de analizar los riesgos de la adopción de la custodia compartida.

Para concluir, es pertinente resaltar que en general la normatividad colombiana existente les ha permitido a los jueces interpretar la aplicación o no de la custodia compartida. Sin embargo, al no ser una figura regulada expresamente por el legislador, su desarrollo

principalmente ha sido por parte de los jueces de las altas Cortes, a saber, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Este hecho, ha generado inseguridad en la aplicación de esta figura, pues al no haber aún doctrina probable acerca de la aplicación de esta figura, no es claro ni para los usuarios de la justicia, ni para los jueces los criterios que dan paso al establecimiento de la custodia compartida.

## **CAPÍTULO II. RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

El presente capítulo tiene como objetivo indagar acerca de la posibilidad de implementar la Custodia Compartida como figura jurídica en el Derecho de Familia, dado que, en Colombia no hay regulación expresa sobre esta figura jurídica. Por esta razón, se recurrirá a ordenamientos jurídicos que sí la hayan implementado, específicamente, a los ordenamientos jurídicos de España, Chile y Puerto Rico.

Se escogieron estos países dado que la custodia compartida como figura formal ha sido introducida en sus sistemas jurídicos hace más de 5 años, lo que evidencia de mejor forma su comportamiento. Asimismo, porque hay más literatura y estudios que analizan su aplicación y por lo tanto dan críticas u observaciones fundamentadas que permiten establecer y aprender de algunos de los retos identificados en la implementación de esta figura en sus ordenamientos jurídicos.

Así pues, la presente tiene como guía la idea planteada por autores como Zweigert y Kötz, quienes observan que el derecho comparado ha servido para dar solución a problemas análogos en ordenamientos jurídicos distintos. De este modo, el analista se centrará en un mecanismo de análisis conocido como la micro comparación que pretende “comparar instituciones o problemas legales específicos” (Zweigert, K. y H. Kötz. 2002. p.6). En este caso, sobre la aplicación de la custodia compartida.

### **Los desafíos de la custodia compartida en España**

De acuerdo con la Constitución Española de 1978 el Estado español se organiza territorialmente en “municipios, provincias y Comunidades Autónomas” (artículo 137). De igual forma, los valores superiores del ordenamiento jurídico son “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (artículo 1). Estos dos artículos evidencian la pluralidad que implican las Comunidades Autónomas, pues de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 143 éstas son provincias con características históricas, culturales y económicas, que pueden acceder a su autogobierno y poseen la facultad de “dictar para sí mismas normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal [...]” (artículo 150).

En este sentido, aun cuando antes del 2005 no existía una Ley que introdujera la figura de la custodia compartida, la jurisprudencia española había admitido esta figura de manera restrictiva, porque

No tenía expreso reconocimiento legal [...] y porque al implicar esta modalidad el cambio de vivienda del menor, podía afectar a su necesaria estabilidad y tranquilidad, de modo que aparecerá sólo indicada en los casos en que los dos progenitores vivan en el mismo barrio o calle, de forma que el cambio de guarda no suponga una ruptura del menor con su entorno habitual, ni represente especiales incomodidades para su asistencia al colegio; se descarta en consecuencia el establecimiento de la guarda compartida en supuestos en los que los progenitores viven lejos el uno del otro (Esparza. 2014. pág. 195)

Así también sostenían que “más que imponerse en una sentencia, esta modalidad de custodia debe ser fruto del acuerdo de los cónyuges plasmado en el convenio regulador”<sup>1</sup> (Esparza. 2014 pág. 195).

Por otro lado, hubo sentencias en las que pese a existir un informe pericial que recomendaba esta figura, la misma era negada por “la existencia de una prohibición de acercamiento derivada de una condena por malos tratos”<sup>2</sup>(Esparza. 2014. p. 196).

De manera que hubo variedad de jurisprudencia que reconocía o negaba la procedencia de la custodia compartida. Por ejemplo, la SAP Valencia 10 enero 2001 (núm. 2-2001) señalaba que la custodia compartida era ‘incompatible con nuestro ordenamiento jurídico' (Esparza. 2014. p.195) y posteriormente “la SAP Valencia 12 enero 2004 (núm. 9-2004) concedió la custodia compartida por meses alternos a cada progenitor” (Esparza. 2014. p. 196). Con lo cual, se evidencia que no había seguridad jurídica para los usuarios de la justicia a la hora de pretender la custodia compartida.

Ahora bien, luego de la reforma al Código español por medio de la Ley 15 de 2005, se introdujo expresamente la figura jurídica de la custodia compartida, así:

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo

---

<sup>1</sup> sentencias SSAP Valencia 25 abril 2001 (núm. 215-2001) y 11 mayo 2001 (núm. 242-2001)

<sup>2</sup> SAP Barcelona 3 marzo 2004 (EDJ 2004/13497), las SSAP Valencia 19 mayo 2004 (núm. 310-2004), 6 abril 2005 (núm. 199-2005) y 21 abril 2005 (núm. 248-2005), y la SAP Madrid 28 junio 2005 (704-2012)

soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos (Código Civil, artículo 92,5 CC)

Así pues, se introduce formalmente la figura de la custodia compartida en el ordenamiento español y señala que la misma es procedente cuando hay acuerdo por parte de los padres o excepcionalmente cuando uno solo de los padres lo solicite.

Sin embargo, en las comunidades autónomas como Cataluña, Aragón, Valencia y Navarra se ha señalado que la custodia compartida es prevalente aún cuando no exista acuerdo de los padres. Por ejemplo, el Código de Derecho Foral de Aragón determina: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente” (Artículo 80,2)

Más adelante en el numeral 5 del mismo artículo manifiesta: “La objeción de la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.” (Artículo 80,5). De manera que en la Comunidad de Aragón la regla general es la custodia compartida, mientras que en la Ley Estatal es prevalente la custodia individual, salvo acuerdo de ambos progenitores que soliciten la custodia compartida.

Incluso, entre las Comunidades Autónomas hay diversas posturas frente a la custodia compartida, en este sentido, “Aragón hace una defensa acérrima de sus ventajas desde una posición progresista; mientras que Cataluña quiere favorecer el pacto, mediante la concreción de los acuerdos entre los cónyuges” (Becerril y Vanegas. 2017. Pág. 48). De modo que hay divergencia en la interpretación y aplicación de los principios, bases y directrices fijados por la Ley estatal, y con ello diversos criterios para otorgar la custodia compartida. Tal y como se evidencia en la siguiente tabla

Tabla 1. Principales criterios para otorgar la custodia en la legislación autonómica

		A	C	N	V	PV
1a	La edad de los hijos.	x		x	x	x
1b	El número de hijos e hijas.					x
2a	El arraigo social, escolar y familiar de los hijos e hijas menores.	x		x	x	x
2b	La vinculación afectiva entre los hijos y con cada uno de sus progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos domicilios.		x			x
2c	La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.		x	x		x
3	La opinión de los hijos.	x	x	x	x	x
4	La aptitud y voluntad de los progenitores para garantizar las estabilidad, el bienestar procurar un entorno adecuado a los hijos, de acuerdo con su edad.	x	x	x		
5a	La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; las actividades de los padres y los hijos; así como la actitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes.	x	x	x	x	x
5b	La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.				x	
5c	La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores, así como los apoyos con los que cuentan.		x			x
6	El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención (crianza y educación) de los hijos e hijas menores ante la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar, y la capacidad de cada uno.		x		x	x
7	Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.		x	x		
8	Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan				x	x
9	Cualquier otra circunstancia concurrente en los progenitores o en los hijos e hijas que resulte relevante para el régimen de convivencia	x		x	x	x

Nota: A, Aragón; C, Cataluña; N, Navarra; V, Valencia; PV, País Vasco.

Fuente: Becerril, D y Vanegas, M (2017) *La custodia compartida en España*.

De esta forma, se evidencia la divergencia de criterios tenidos en cuenta por los jueces para otorgar la custodia compartida. Sin embargo, se evidencia que tal como lo ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Ley Estatal 15 de 2005 ha propiciado un giro de 180 grados en su interpretación de modo que la guarda y custodia compartida ya no es una medida excepcional sino normal e incluso deseable.

Con lo cual, se evidencian algunos retos de la implementación de la custodia compartida como figura jurídica. El primero, se deriva de la estructura jurídica y social en la que se organiza España, lo que ha resultado en la variedad de interpretaciones y adaptaciones de la Ley Estatal 15 de 2005. Sin embargo, la introducción de la figura de la custodia compartida a través de una reforma al Código Civil ha posibilitado que jueces y usuarios de la justicia consideren acuerdos respecto del cuidado de los hijos después de la ruptura del vínculo emocional y legal. Así mismo, se favorece una verdadera corresponsabilidad de ambos padres que propende por una igualdad frente a los roles de cuidado y formación para con los hijos.

### **Los desafíos de la custodia compartida en Chile**

Para comenzar es importante señalar que en Chile se conoce como *tuición* al conjunto de “deberes en relación con el cuidado personal de un menor de edad” (Comparini. 2000, Pág 9), es decir, que el término ‘custodia compartida’ en el caso de Chile, se conoce como ‘tuición compartida’, aclarado lo anterior, es menester resaltar que estos deberes habían tenido un fuerte sesgo hacia el rol maternal.

Pues, en los casos de ruptura, el Código Civil, anterior a la modificación introducida por la Ley 20.680 de 2013, establecía “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.” (artículo 225). De manera que el rol paternal se desdibujaba en los contextos que los padres vivían separados y solo era la madre la encargada de la tuición de los hijos.

Fue por esto que varios padres decidieron trabajar juntos para enarbolar la tuición compartida, es decir, “que tras la separación de los progenitores la Ley otorgara el cuidado de los niños, y las decisiones que ello implica, a ambos padres por igual.” (Comparini. 2000, Pág 11). Gracias a su trabajo en el 2013 lograron encauzar sus esfuerzos para alcanzar la promulgación de la Ley 20.680, más conocida como *Ley amor de papá*. Esta Ley busca “fortalecer la integridad del menor y persigue el propender a que el menor tenga la mejor calidad de vida posible en caso de que sus padres no vivan juntos” (Ley Amor de Papá. sf) con lo que a ambos padres se les reconocen los mismos derechos y responsabilidades frente a los hijos.

De esta forma, el artículo 225 del Código Civil, modificado por la Ley 20.680 de 2013

señala que “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”. Con lo que se introdujo formalmente la tuición compartida, promoviendo no solo un cambio jurídico sino también un cambio paradigmático en el ámbito cultural en donde se destaca el principio de corresponsabilidad, brindado igualdad de género frente a los deberes de las figuras maternas y paternas frente a los NNA. Asimismo, se reafirma el derecho que tienen los NNA “de compartir con su padre y su madre, tiene el derecho de que, y de que ambos participen de su crianza y educación” (Contreras Marín y Valdenegro Santander. 2016. Pág. 21), lo que a su vez reafirma el interés superior del NNA.

No obstante, esta Ley presenta algunos vacíos o puntos débiles a mejorar. El primero es que la custodia compartida solo procede por acuerdo entre los padres, de modo, que si no hay acuerdo el juez no la puede conceder, ni tampoco puede ser solicitada por un padre al juez, ni mucho menos ser decretada de oficio por el Juez.

Segundo, una grave falta de la Ley en cuestión es que no modifica el procedimiento de familia, transformándolo en un proceso que promueva el consenso, sino que el proceso actual continúa “extremando la separación y la oposición entre los padres” (Salinas. s.f) lo que se traduce en un enfrentamiento continuo de los padres, imposibilitando un acuerdo que procure el interés superior de los NNA. Sin embargo, algunos estudios psicológicos han determinado que, en el desarrollo de la tuición compartida, las

“reacciones de tipo afectivo-emocionales que tienen que ver con cómo llevaron y enfrentaron la separación los padres y madres en la cual el niño/a generalmente se vio muy expuesto a conflictos que más que tener relación con él se generaban por problemas ex-conyugales, exponiendo el bienestar de él, situación que ha cambiado en el transcurso de la tuición ya que han habido aprendizajes que hacen que los padres logren separar los conflictos ligados a los hijos/as y su ejercicio como padres, a los conflictos ex - conyugales, lo que ha cambiado como parte del resultado de igualar las condiciones como padres, ambos se involucran y son partícipes de la vida y crianza de sus hijos/as” (Contreras y Valdenegro. 2016. pág. 61)

Con lo que se podría señalar que la tuición compartida posibilita la evolución de las relaciones familiares para elevar el beneficio de los NNA.

Finalmente, la Ley no establece mínimos legales que guían la alternancia de la organización de

la tuición compartida. de manera que la ambigüedad del artículo 225 del Código Civil que manifiesta que la tuición se deberá desarrollar “mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad” no es claro para los usuarios del sistema judicial frente a qué tiempo de residencia con un padre o con el otro pudiera asegurar su ‘adecuada estabilidad y continuidad’. Esto, si bien permite que los padres puedan acordar estos mínimos de residencia, también promueve espacios de pugna que podrían menguar la estabilidad y continuidad de la residencia de los NNA.

Asimismo, la redacción misma del artículo 225 del Código Civil, que enarbola la residencia estable y continua, parece no apoyar las modalidades de cuidado personal compartido que suponen una alternancia entre dos residencias, principalmente la del padre y la de la madre. Incluso, esta “exigencia no tiene justificación contrastada con la amplia libertad que tienen los progenitores en lo sustancial de los acuerdos de cuidado personal compartido” (Mesías Toro. 2017. Pág. 87) Con lo que no es claro cómo se armoniza la residencia continua y estable con los elementos propios de la tuición compartida que suponen la residencia alterna entre los dos progenitores.

### **Los desafíos de la custodia compartida en Puerto Rico**

Puerto Rico es un Estado Libre Asociado de los Estados Unidos, esto significa que los puertorriqueños pueden tener un representante, conocido como el Comisionario Residente, con voz y sin voto en la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos (El Orden Mundial. 2020) y son considerados ciudadanos estadounidenses pero no tienen las mismas garantías que los ciudadanos pertenecientes a los Estados Federados. Sin embargo, gracias a la Ley Jones, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, Puerto Rico pudo escribir su propia Constitución para el manejo de asuntos internos, la cual entró en vigor el 28 de julio de 1952.

Es así, que

inspirada principalmente en la experiencia norteamericana, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 la Constitución de Puerto Rico establece formalmente en su artículo dos que: ‘no podrá establecerse discriminación alguna por motivo de ... sexo’ (Angueira. 2012. Pág. 871)

Sin embargo, esta discriminación no había sido atajada en la práctica jurídica del Derecho de Familia, pues era la mujer la encargada de cuidar a los hijos de manera provisional en contexto de divorcios, es decir, el artículo 98 antes de la reforma de 1980

señalaba que “si hubiese hijos del matrimonio cuyo cuidado provisional pidieran ambos cónyuges, serán puestos bajo el cuidado de la mujer, mientras el juicio se sustancie y decida, a menos que concurran razones poderosas a juicio del Tribunal Superior para privar a la mujer del cuidado de sus hijos en todo o en parte.” (subrayado fuera del texto) (Angueira. 2012. Pág. 867) . De esta manera, “en la década de los noventa se enmendó el artículo 98 para eliminar la preferencia a favor de la mujer para fines de la custodia provisional de los hijos en casos de divorcio” (Angueira. 2012. Pág. 867), y de esta forma se materializó un poco más la igualdad de género de los progenitores frente a las responsabilidades con los NNA.

Este cambio junto con los cambios sociológicos permitió que luego de doce años de haberse presentado el primer Proyecto de Ley que pretendía implementar la custodia compartida, el 21 de noviembre del 2011 entrará en vigor la Ley Protectora de los Derechos de los Menores en el Proceso de Adjudicación de Custodia, que establece como primera alternativa la custodia compartida. Incluso, en comparación con España y Chile, en el artículo cuarto de esta Ley se establece que “donde estén involucrados menores de edad, la custodia compartida de los menores, aun contra la voluntad de alguno de los progenitores que interesa se le otorgue la custodia monoparental, se considerará si es beneficiosa a los mejores intereses del menor”. De manera que, si los jueces consideran que la custodia compartida beneficia el interés de los NNA, lo puede decretar, aún con oposición de un progenitor.

Por otro lado, contrario a lo que pasa en España, en el caso de Puerto Rico, la Ley define los criterios que los jueces debe considerar al momento de adjudicar la custodia compartida, a saber:

- 1) La salud mental de ambos progenitores, así como la del hijo(a) o hijos(as) cuya custodia se va a adjudicar.
- 2) El nivel de responsabilidad o integridad moral exhibido por cada uno de los progenitores y si ha habido un historial de violencia doméstica entre los integrantes del núcleo familiar.
- 3) La capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades afectivas, económicas y morales del menor, tanto presentes como futuras.
- 4) El historial de cada progenitor en la relación con sus hijos, tanto antes del divorcio, separación o disolución de la relación consensual, como después del mismo.
- 5) Las necesidades específicas de cada uno de los menores cuya custodia está en

controversia.

- 6) La interrelación de cada menor, con sus progenitores, sus hermanos y demás miembros de la familia.
- 7) Que la decisión no sea producto de la irreflexión o coacción.
- 8) Si los progenitores poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad de criar los hijos conjuntamente.
- 9) Los verdaderos motivos y objetivos por los cuales los progenitores han solicitado la patria potestad y custodia compartida.
- 10) Si la profesión, ocupación u oficio que realizan los progenitores impedirá que funcione el acuerdo efectivamente.
- 11) Si la ubicación y distancia de ambos hogares perjudica la educación del menor.
- 12) La comunicación que existe entre los progenitores y la capacidad para comunicarse mediante comunicación directa o utilizando mecanismos alternos.
- 13) Cualquier otro criterio válido o pertinente que pueda considerarse para garantizar el mejor bienestar del menor. (Artículo 7)

Estos criterios son referidos a los trabajadores sociales, de relaciones de familia, quienes realizan la respectiva evaluación y rinden un informe al juez para guiarlo en la determinación de qué modelo de custodia materializa el interés superior de los NNA. No obstante, si bien este es un factor para considerar, no es el único, pues el artículo 8 de la Ley en cuestión establece que las “recomendaciones sobre custodia que emitan los trabajadores sociales, será uno de los factores a considerar por el Tribunal para hacer la determinación, pero no será el único”. De modo que, aunque es una alternativa prevalente no siempre es procedente en todos los contextos.

En este sentido, la Ley señala con claridad que la custodia compartida no será considerada como beneficiosa y favorable para los mejores intereses de los NNA de edad en los siguientes casos:

- 1) Cuando uno de los progenitores manifiesta que no le interesa tener la custodia de los menores, a base de un plan de custodia compartida. Se entenderá que la renuncia es a favor del otro progenitor.
- 2) Si uno de los progenitores sufre de una incapacidad o deficiencia mental, según determinada por un profesional de la salud, y la misma es de naturaleza irreversible y de tal magnitud que le impide atender adecuadamente a los hijos/as y garantizar la seguridad e integridad física, mental, emocional y/o sexual de éstos.
- 3) Cuando los actos u omisiones de uno de los progenitores resulte perjudicial a los hijos o constituya un patrón de ejemplos corruptores.
- 4) Cuando uno de los progenitores o su cónyuge o compañero o compañera consensual haya sido convicto por actos constitutivos de maltrato de menores.

- 5) Cuando uno de los progenitores se encuentre confinado en una institución carcelaria.
- 6) Cuando uno de los progenitores ha sido convicto por actos constitutivos de violencia doméstica, según lo dispuesto en la Ley Núm. 54 de 15 de agosto de 1989, según enmendada.
- 7) Situaciones donde el padre o la madre haya cometido abuso sexual, o cualquiera de los delitos sexuales, según tipificados en el Código Penal de Puerto Rico, hacia algún menor.
- 8) Cuando uno de los progenitores o su cónyuge o compañero o compañera consensual, si hubiera, sea adicto a drogas ilegales o alcohol. (Artículo 9)

Este listado de situaciones brinda claridad tanto a los jueces como a los usuarios de la justicia que pretenden la custodia compartida. Igualmente, permite asegurar el interés de los NNA en casos de ruptura cuando se presenten estas situaciones mencionadas que pueden afectar el desarrollo de sus derechos y su crecimiento integral en general.

### **Conclusión**

En conclusión, es pertinente señalar que la adopción de una Ley que regule o introduzca formalmente la custodia compartida en el ordenamiento jurídico, da claridad a los jueces y a los usuarios de la justicia sobre la adopción de esta figura, que en múltiples contextos puede traducirse en el mayor interés de los NNA. Así pues, como se evidenció en el caso de España, antes de la Ley estatal 15 de 2005 muchos tribunales consideraban que esta figura contradecía el ordenamiento jurídico vigente, pero otros consideraban que sí era aplicable. De manera que la certeza introducida por una Ley es necesaria para dar seguridad jurídica.

Segundo, del caso de España y Chile es posible extraer una crítica que se le ha dado al hecho de que la custodia compartida solo pueda proceder como consecuencia del acuerdo de los progenitores, pues teniendo en cuenta el contexto en que se tienden a desarrollar los procesos de separación, a saber, de manera conflictiva y adversarial, el hecho de que los progenitores deban ponerse de acuerdo en el bienestar de sus hijos parece un ideal que muchas veces no se logra. De esta forma, es posible considerar que limitar esta figura al acuerdo de los padres no siempre permite materializar el interés superior de los NNA.

Tercero y tal como lo evidencia el caso de Puerto Rico, es importante dar claridad sobre los requisitos que van a ser considerados a la hora de concederla figura de la custodia compartida, así como los casos en que la misma no procede porque no materializa los intereses de los NNA.

De esta forma, la posibilidad de implementar la custodia compartida como figura jurídica

en el Derecho de Familia, implica multiplicidad de retos legales que deben ser considerados, entre ellos, los ya mencionados que se pueden sintetizar en: seguridad jurídica, menos limitaciones que no aportan al interés superior de los NNA y claridad. Teniendo en cuenta esta base de retos evidenciados en otras jurisdicciones se pueden encontrar posibles soluciones o en el caso en que ya se hayan solventado, entender el porqué de las consideraciones alrededor de la figura de la custodia compartida. Esto se revisará en el tercer capítulo.

### **CAPÍTULO III. LA CUSTODIA COMPARTIDA EN CONTEXTOS DE CONCILIACIÓN**

Como se vio en el capítulo anterior hay distintos desafíos a la hora de implementar la custodia compartida en los ordenamientos jurídicos. Por ello, para alcanzar el objetivo específico de determinar soluciones frente a los desafíos encontrados y generar propuestas en contextos de conciliación en Colombia, es necesario analizar algunos pronunciamientos recientes, por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia alrededor de la custodia compartida, con el fin de brindar herramientas de análisis a los conciliadores. Así mismo, teniendo en cuenta los desafíos identificados en los ordenamientos jurídicos de España, Chile y Puerto Rico, se analizará si los mismos han sido solventados por la jurisprudencia y en caso de que no, se procederá a proponer posibles soluciones a los desafíos identificados.

Así pues, para entender y conocer un poco el panorama en el que se desarrollan las pretensiones de custodia compartida y para resaltar sí entre las diversas situaciones fácticas se encuentran elementos que hacen que la Corte cambie o no su análisis, se resaltarán los hechos de cada sentencia.

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

##### **Sentencia STC 12085-2018**

##### **Hechos**

La señora Diana Marcela Rivero adelantó un proceso de custodia y cuidado personal de su hijo C.D.V.R. Sin embargo, el Juzgado de Familia de Soacha dictó sentencia en donde estableció la custodia compartida a favor de C.D.V.R, por parte de la señora Diana Marcela Rivero, su madre, y del señor Rubén Darío Vega, su padre. Esta decisión fue tomada ya que las pruebas señalaban que la condición mental, personal y laboral de los padres era sana y por ello no representaban riesgos a la estabilidad emocional del C.D.V.R.

Además porque C.D.V.R había manifestado que le gustaba vivir con su padre, razones por las que determinó la custodia compartida como el mejor modelo para C.D.V.R, y señaló la

cuota alimentaria y reguló las visitas.

Ante esta decisión, la señora Diana Marcela Rivero vía tutela criticó la decisión del Juzgado de Familia de Soacha. Frente a lo cual, el juez constitucional denegó el amparo pues el juez tomó en cuenta las pruebas recaudadas, así como lo señalado por C.D.V.R de manera que su voz fue escuchada en el proceso de acuerdo con el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

La señora Diana Marcela Rivero impugnó la decisión del juez constitucional señalado que el padre de C.D.V.R no tenía las condiciones básicas de vivienda para garantizar el desarrollo de C.D.V.R en condiciones dignas. De igual manera señaló que C.D.V.R había manifestado su deseo de vivir con la mamá y que esto no fue tenido en cuenta.

### **Consideraciones de la Sala**

Al respecto la Corte Suprema de Justicia señaló que los NNA son sujetos de especial protección en la Constitución y que por ello se les garantiza el interés superior. En el caso concreto, el *a quo* valoró las pruebas aportadas de cara al interés superior de los NNA, concluyendo que la custodia compartida era la mejor opción porque si bien en un principio C.D.V.R había señalado que quería estar con su mamá, en entrevista con el psicólogo señaló también que le gustaría estar con su papá.

De manera que “su ambivalencia y sus dudas lleva a pensar que esa actitud [...] no es otra cosa que el reflejo de la crítica situación que está padeciendo”. Con lo que la Corte señala que el a quo “tuvo en cuenta las manifestaciones realizadas al sujeto de especial protección en el proceso, en estricta observancia de su la capacidad de ejercicio progresiva” (sentencia STC 12085-2018 pág. 12).

En igual sentido recordó que el estado civil de los NNA:

supone el reconocimiento de sus antepasados con miras a desarrollar un vínculo afectivo con ellos, circunstancia que debe prevalecer y mantenerse con independencia del querer individual de sus ascendientes, por lo que la figura de custodia compartida convalida el desarrollo de una historia familiar con miras a la estabilidad que el infante requiere para su buen desarrollo emocional y material. (subrayado por fuera del texto) (sentencia STC 12085-2018 pág. 12)

De este modo, la custodia compartida en el caso en concreto resalta el interés superior del niño frente a su custodia. En este sentido, si bien la custodia compartida no es una figura expresamente definida en la Ley, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 establece que la «responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida por la legislación civil [...] 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».

También el artículo 23 de la misma Ley señala que “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” aquí es pertinente resaltar que contrario a lo que sucede en España, Puerto Rico y Chile, en el caso de Colombia la custodia no es exclusiva de los progenitores, sino que se extiende a la familia extendida que conviva con los NNA.

Por otra parte la Corte señala que si bien “la custodia compartida supone la inexistencia de domicilios comunes debe privilegiarse el vínculo familiar para con los niños, el apoyo y el amor necesario para su crecimiento, así como la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos ascendientes [...] en tanto como el padre y la madre cuenten con las capacidades físicas y psicológicas para establecer una relación directa con ellos y garantizar las prerrogativas y necesidades del infante, siempre que éste encuentre allí un lugar idóneo para potencializar la construcción de su ser, y sin perjuicio de las reglas sobre regulación de visitas y la obligación alimentaria respectiva” (sentencia STC 12085-2018 pág. 15 - 16)

De igual forma reprocha las conductas de los progenitores tendientes a separar al niño del otro progenitor “máxime cuando los dos ascendientes disponen de los medios para brindarle al niño el amor y la estabilidad que requiere para su desarrollo armónico, al punto que este manifiesta su decisión de convivir con ambos” (sentencia STC 12085-2018 pág. 16)

Teniendo en cuenta los argumentos esbozados la Corte Suprema de Justicia en cabeza del Magistrado ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo confirma el fallo impugnado. Con lo

que lo interesante de esta sentencia es que señala el marco normativo sobre el que se puede derivar la custodia compartida. Asimismo, esta es una institución que procede para materializar el interés superior de los NNA, para lo cual puede ser establecido aun en contravía de los intereses de los progenitores, y finalmente que la custodia en Colombia no es exclusiva de los progenitores, aunque en la mayoría de casos se hable solamente de los mismos.

## **CORTE CONSTITUCIONAL**

### **Sentencia T-428/18**

#### **Hechos**

El señor CRRB y la señora LMBT, abuelos de D.T.R incoaron demanda de regulación de visitas en contra de AMTR, la mamá de D.T.R. Esto ya que después de la muerte de su hijo, es decir, el padre de D.T.R, habían perdido contacto con su nieto. El proceso le correspondió al Juzgado Segundo Oral de Familia de Santa Marta, el cual señaló que:

el proceso de regulación de visitas está reservado exclusivamente para los progenitores de los niños, niñas y adolescentes, por ser quienes ostentan y ejercen la custodia y cuidado personal de estos, premisa que excluye, por simple lógica, a la familia extensa, entre ellos, los abuelos (maternos o paternos); de ahí que, como lo ha fijado la jurisprudencia constitucional, no están legitimados para promover tal actuación, a menos que, como ha ocurrido de manera excepcional en ciertos casos, aquéllos adquieran su custodia. (Sentencia T-428/18 pág. 2)

Posteriormente, el señor CRRB y la señora LMBT presentaron acción de tutela en contra de Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR, solicitando que se ordene regular las visitas a su nieto en las vacaciones de mitad y fin de año, de forma compartida, sin perjudicar los deberes escolares de D.T.R en razón de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia, y 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Frente a lo cual, el juez constitucional señaló que ya había cosa juzgada de acuerdo con el numeral 3 del artículo 278 del C.G.P.

El señor CRRB y la señora LMBT trataron de impugnar la decisión del Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta pero al ser un proceso verbal sumario de única instancia, se negó el recurso por improcedente.

Luego, en el trámite de revisión del fallo de primera instancia proferido por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió este caso para efectos de su revisión.

### **Consideraciones de la Sala**

Así pues, la Corte señala que si bien la sentencia de única instancia descartó la legitimidad de los abuelos para iniciar el proceso de regulación de visitas, es pertinente:

morigerar esta posición y concebir una subregla que se ajuste de mejor manera a las circunstancias de cada caso concreto. Por ejemplo, es claro que los abuelos cuentan con una legitimación especial para promover este proceso cuando uno de los padres del niño ha fallecido y la necesidad de continuar el vínculo con la familia de aquel debe ser satisfecha (Sentencia T-428/18 pág. 14)

De manera que en función del artículo 44 de la Constitución Política el derecho de los niños tener una familia y no ser separados de ella. De igual forma, el C.G.P prima facie

“no establece ninguna limitación en la legitimación por activa para la solicitud de regulación de visitas, lo cual resulta acorde con la primacía del derecho fundamental del niño a tener relación con toda su familia, no solamente con los padres. Por lo tanto, los integrantes de la familia extensa están legitimados para solicitar la regulación de visitas a menores de edad.”(Sentencia T-428/18 pág. 16)

Sin embargo, esta legitimación procesal no se traduce *per se* en la procedencia de la regulación de visitas. Pues estas se definirán en cada caso concreto teniendo en cuenta el interés superior de los NNA.

### **Sentencia T 443/18**

#### **Hechos**

El señor Pedro, junto con la señora Paola (Q.E.P.D) tuvieron en el 2012 a su hija Laura. Sin embargo, cuando la señora Paola murió en el 2017 a causa de un accidente de tránsito, se llevó a cabo una conciliación entre los abuelos maternos (Rosalba y Saúl) y el señor Pedro ante el Cabildo Local para definir la custodia de Laura, en dicha conciliación se llegaron a los siguientes acuerdos:

i) la custodia queda entre los abuelos maternos y el padre biológico, ii) la convivencia con la menor de edad queda una semana para el padre biológico y una semana para los abuelos maternos, iii) el vestuario y los gastos escolares de la menor de edad se compartirá entre las dos partes, iv) la niña definirá a los 12 años de edad en qué residencia permanecerá de manera definitiva (Sentencia T-443/18. pág. 3)

No obstante, el 10 de agosto del 2017 los abuelos maternos se retractaron de los acuerdos tomados en la conciliación y acudieron al Cabildo Central para que definiera lo relacionado con la custodia de Laura. Con lo que la Gobernadora Mayor resolvió

Artículo 1: concede la custodia de la niña Laura a la señora Rosalba por cuatro años.

Artículo 2: debe garantizar el cuidado de la niña con relación a riesgos y peligros, debe suministrar los alimentos a horas precisas, salud, estar pendiente de que duerma bien, estar pendiente de la salud de la niña en caso de enfermedad, aseo personal de la niña.

En la educación estar pendiente cuando entre a estudiar, orientar con buenos modales.

Estar pendiente de los registros y controles médicos. Artículo 3: la señora Rosalba debe permitir que Pedro se lleve a la niña durante el día y la lleve nuevamente en horas de la tarde. De la misma forma permitir que el señor Pedro esté en su casa un fin de semana si lo considera. Artículo 4: el señor Pedro debe aportar las cuotas de \$80.000 mil en alimentación, salud, educación, vestuario, recreación. Puede verla todos los días, llevarla para su casa durante el día y en la tarde debe llevarla nuevamente a la casa de su abuela. Lo mismo puede hacer llevarla para el pueblo o de paseo, pero en la tarde de llevarla nuevamente a la casa de la abuela (Sentencia T- 443/18. pág. 3)

Ante esta situación, el señor Pedro solicitó la custodia definitiva de su hija ante el Cabildo Central, pero la Gobernadora Mayor del Cabildo le negó la custodia definitiva de Laura, arguyendo que “por el bienestar de la niña, la custodia debía ser entregada a sus abuelos maternos, pues cuando la madre falleció la menor de edad permanecía con ellos” (Sentencia T-443/18. pág. 4). El señor Pedro repuso esta decisión pero la misma fue confirmada por la Gobernadora.

El señor Pedro incoó acción de tutela en nombre propio y en representación de su hija Laura contra el Cabildo Central Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe. El juzgado o Primero Promiscuo Municipal de Florida declaró improcedente la acción de tutela formulada por el accionante, por no ser la tutela el mecanismo procedente para controvertir decisiones de las autoridades indígenas, por la inexistencia de un perjuicio irremediable y por no cumplir con el requisito de inmediatez. Luego de esta decisión en primera instancia, el señor Pedro la impugnó y el Juzgado Tercero Penal con Función de Conocimiento de Palmira, confirmó la decisión del a

quo.

### **Consideraciones de la Sala**

La Sala Sexta de Revisión vinculó a los abuelos maternos de Laura y decretó una diligencia de inspección judicial en la oficina del Cabildo Central Kwe'sx Yu Kiwe. Esto es relevante resaltarlo ya que en Colombia las comunidades indígenas se amparan bajo la jurisdicción especial indígena. Con lo cual y gracias al acercamiento que la Corte hizo con el Cabildo, la Corte concluyó que la comunidad indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe no tiene un procedimiento específico para los casos de custodia de NNA , pero que en todo caso sí contempla el régimen de custodia compartida.

Con lo cual, el problema jurídico que la Corte se propone resolver es ¿la Gobernadora Central del Cabildo Nasa Kwesx Yu Kiwe desconoció el derecho fundamental del accionante y de la niña Laura tener una familia y no ser separado de ella, así como el interés superior de la niña, al otorgar la custodia a sus abuelos maternos y no a él? De este modo, al revisar los requisitos de legitimación por activa y pasiva; inmediatez y subsidiariedad, señala que

al tratarse de un menor de edad, como quiera que es un sujeto de especial protección constitucional, el análisis de procedencia se atenúa en la medida en que la cláusula del interés superior del menor de edad obliga al juez a actuar de manera oportuna y eficaz y establece la prevalencia de sus derechos fundamentales. De conformidad con todo lo anterior, es procedente la acción de amparo constitucional de la referencia. (Sentencia T-443/18. pág. 19)

Posteriormente, la Corte señala que un límite a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas es el interés superior de los NNA que no depende de los que los padres o la sociedad consideren mejor para ellos, sino de la situación especial de los NNA.

En este sentido, analiza la patria potestad entendida como “una institución instrumental que les permite a ellos garantizar los derechos de sus hijos y propender por el bienestar de los niños” (Sentencia T-443/18. pág. 26). También analiza el deber de custodia y cuidado personal y resalta que la Ley 1098 de 2006 en el artículo 23 “establece la obligación de los padres de ejercer conjuntamente la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad” de igual forma, el artículo 10 de la misma Ley consagra el principio de corresponsabilidad “según el cual, la familia y por ende los padres, son los primeros llamados a garantizar los derechos de

los NNA” (Sentencia T-443/18. pág. 27). Con base en estos deberes y principios se responde al interés superior de los NNA, y también al derecho fundamental de los NNA a tener una familia y no ser separados de ella.

Sin embargo, de manera excepcional el artículo 254 del Código civil establece que en casos de inhabilidad física o moral de ambos padres el cuidado personal de los hijos se puede confiar a otras personas competentes con preferencia a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos. No así la patria potestad, reservada a los padres.

De esta forma, la Corte ha precisado algunas reglas que deben seguirse en los casos donde se presenten conflictos en relación con la custodia y cuidado personal de los NNA, los cuales son:

(i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor de edad no se puede operar de manera mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar el bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente, (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias en que se encuentre el menor de edad en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado, (iii) la opinión del menor de edad, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento relevante en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente, y (iv) las pretensiones de quienes solicitan la custodia del menor de edad, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella. (Sentencia T- 443/18. pág. 29, tomado de la Sentencia T-442 de 1994)

Teniendo esto en cuenta, la Corte señala que el Juez debe centrarse en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y en el derecho que les asiste a tener una familia y a no ser separados de ella. Para ello, debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Pero aunque las partes no lleguen a dicho acuerdo, si el Juez de acuerdo con el material probatorio advierte que ambas partes son idóneas para ejercer la custodia y el cuidado personal de los NNA, debe centrarse en fijar la custodia compartida y el cuidado personal a ambas partes para proteger sus derechos fundamentales.

Así pues, en el caso concreto la Corte resalta que el señor Pedro cuenta con los medios

económicos y afectivos para brindarle estabilidad y un hogar constituido a su hija. Por otro lado, no se evidencia que el padre tenga alguna condición particular que le reste idoneidad para el ejercicio del rol paterno” (Sentencia T-443/18. pág. 33) De manera que al no concederle la custodia de Laura al señor Pedro, se le están vulnerando los derechos a Laura a tener una familia y no ser separadas de ella. Con lo que la Corte le ordena a la Gobernadora Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe que profiera una nueva decisión, en la cual que tenga en cuenta el interés superior de Laura, así como el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separada de ella.

En esta misma línea de argumentación la Corte señala “deberán acordar el ejercicio de la custodia y el cuidado personal con base en la figura de la custodia compartida, la cual atiende al interés superior de la niña y le garantiza su derecho prevalente a tener una familia y no ser separada de ella.” siempre y cuando sea el escenario más propicio para Laura.

### **Sentencia T 384/18**

#### **Hechos**

La señora A.L y el señor Y.V residentes de Cúcuta tuvieron dos hijos, a saber, S.I. y J.A. Sin embargo, en el 2012 los señores A.L. y Y.V se separaron y A.L. se radicó en Bogotá junto con los niños S.I. y J.A. Por esta razón, el señor Y.V. promovió un proceso de custodia y cuidado personal, pero el Juzgado 3° de Familia de Bogotá decidió otorgar la custodia a la señora A.L. No obstante, la señora A.L decidió trasladarse nuevamente a Cúcuta para que sus hijos pudieran tener más contacto con su padre.

Posteriormente, el señor Y.V decidió promover nuevamente proceso de custodia y cuidado personal y esta vez el Juzgado Promiscuo de Familia de Descongestión de Los Patios en sentencia del 6 de marzo de 2015 le concedió la custodia de sus hijos con la condición de que el señor Y.V en un plazo de dos meses tenía que contar con “un sitio propio para vivir que gozará de buen ambiente y estuviera alejado de la intervención de terceras personas para facilitar la orientación y educación de los niños” (Sentencia T-384/18. pág.2). Pero, esta condición no fue cumplida por el señor Y.V.

Por esta razón, la señora A.L promovió el proceso de custodia y cuidados personales de

sus hijos alegando el incumplimiento por parte del señor Y.V. sobre las condiciones señaladas en la sentencia del 6 de marzo de 2015. Sin embargo, el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios dispuso en sentencia del 24 de julio de 2017 el modelo de custodia compartida sobre los niños S.I. y J.A. a cargo de ambos padres. De igual forma, estableció una cuota alimentaria a cargo de la accionante “equivalente a \$400.000,00 mensuales para los gastos de alimentación, vestuario, educación y recreación de los niños, ya que los gastos que se generen por concepto de salud deben ser asumidos de manera conjunta y por partes iguales por los progenitores.” (Sentencia T-384/18. pág.3)

Ante esta decisión, la señora A.L presentó acción de tutela contra este juzgado alegando que había incurrido en defectos procedimentales absolutos, fácticos y sustantivos. Entre los argumentos señalados por la accionantes está el de defecto material sustantivo por la aplicación de la figura de la custodia compartida, la cual

“no está regulada en nuestra legislación y dista del tratamiento que a la misma se ha dado en otras legislaciones [...] pues la custodia compartida se asigna de manera conjunta y equitativa a los progenitores, de suerte que el tiempo que cada uno de los padres comparte con los menores es igual y, en ese entendido, no se asignan obligaciones alimentarias porque ambos asumen la custodia y cuidados personales de los hijos en igualdad de condiciones” (Sentencia T-384/18. pág.6).

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil – Familia, en primera instancia al analizar el defecto material sustantivo, señalado anteriormente, manifestó que no se configuraba porque la sentencia se “cimentó sobre los artículos del Código Civil y del Código de la Infancia y la Adolescencia que eran aplicables al caso de custodia y al cuidado personal de los hijos como obligación de los padres, a la vez que se apoyó en el artículo 44 de la Carta Política”(Sentencia T-384/18. pág.8). Sin embargo, decidió dejar sin efectos la sentencia del Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios, por no haber valorado en conjunto las pruebas obrantes en el expediente.

El señor Y.V. a través de apoderado judicial impugnó esta decisión, solicitando la revocación de la misma porque la sentencia emitida por el Juzgado 1° Promiscuo de Familia “se apoyó en todo el material probatorio decretado y recaudado en el trámite del proceso de custodia y cuidados personales de los menores S.I. y J.A., en especial, en los dictámenes practicados, en las declaraciones rendidas por los testigos y, en los interrogatorios de cada una de las partes” (Sentencia T-384/18. pág.10)

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en segunda instancia señaló que el Juzgado 1° Promiscuo de Familia en virtud del interés superior de los niños concedió la custodia compartida. De manera que no fue una decisión caprichosa tal y como lo sostuvo el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Civil – Familia. De igual forma, manifestó que aunque la custodia compartida no está regulada expresamente en el ordenamiento jurídico Colombiano, este modelo de custodia no riñe con “la situación socio familiar que halló probada el juzgado accionado, ya que propende porque ambos padres participen en el crecimiento y la crianza de los niños, en cuyos intereses debe concentrarse el esfuerzo del juzgador para tomar la decisión que les resulte más favorable” (Sentencia T-384/18. pág.11). De esta forma, decidió revocar el fallo impugnado y negó la protección constitucional solicitada por A.L.

### **Consideraciones de la Sala**

Este caso llegó a revisión por parte de la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, quien invitó al ICBF, a UNICEF Colombia; a la organización Alianza por la Niñez Colombiana, al Observatorio sobre Infancia de la Universidad Nacional de Colombia; a las facultades de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Universidad de La Sabana y de la Universidad del Rosario; para que dieran concepto técnico sobre lo siguiente:

- a) “El ejercicio de la custodia compartida de los hijos cuando los padres se encuentran separados de hecho, divorciados o el vínculo matrimonial ha sido declarado nulo.
- b) ¿Qué ventajas se pueden identificar para las niñas, los niños y los adolescentes, cuyos padres se encuentran separados de hecho, divorciados o con vínculo matrimonial declarado nulo, pero deciden de forma conjunta ejercer la custodia y los cuidados personales de los hijos?
- c) ¿Qué desventajas se pueden auscultar para las niñas, los niños y los adolescentes, cuyos padres separados de hecho, divorciados o con vínculo matrimonial declarado nulo, deciden de forma conjunta ejercer la custodia y los cuidados personales de los hijos?
- d) Ilustración sobre el modelo de custodia compartida de los hijos en otros países: enfoque social, jurídico y psicológico”.

La Oficina Asesora Jurídica del ICBF manifestó que la custodia compartida depende de cada familia, en particular, es pertinente analizar: “(1) la estabilidad emocional de cada uno de

los padres, (2) las edades de los hijos e hijas, (3) conocer si cada uno de los padres tiene la estructura psíquica que le posibilite asumir y desempeñar eficientemente su rol de padre o madre, para la resolución pacífica de los conflictos que originaron la separación y para llegar a los mínimos acuerdos de respeto, tolerancia y conciliación de compromisos, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente y no solamente los intereses particulares de los adultos; (4) las condiciones socioeconómicas y el contexto cultural en el que se desarrolla la vida laboral, económica, familiar y social de cada uno de los progenitores, determinando si estas situaciones facilitan, entre otros aspectos, el traslado de residencia de los niños, niñas y adolescentes de un lugar a otro” (Sentencia T-384/18. pág.14)

La Facultad de Psicología de la Universidad de La Sabana enunció que la figura de la custodia compartida “elimina el binomio vencedor-vencido en los procesos judiciales de disolución del vínculo matrimonial o marital, en tanto la co-parentalidad mantiene a los progenitores en contacto constante con los hijos y participan activamente de su crianza y cuidados”. Por otro lado, entre las desventajas resaltaron que “la mayor desventaja proviene de la falta de articulación entre los progenitores y su distanciamiento hostil”.

Teniendo en cuenta las pruebas decretadas aportadas y practicadas, la Corte analiza el artículo 42 de la Constitución Política, de la que se deriva los lineamientos de la progenitura responsable, que tiene relación directa con la patria potestad y con el deber de custodia y cuidado personal. Ambas permiten hacer efectivo el interés superior de los NNA y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, en tanto buscan asegurar que los NNA “crezcan en el seno familiar rodeados de un ambiente de felicidad, amor, comprensión y seguridad que les brinde sólidas bases para el desarrollo armonioso de su personalidad” (Sentencia T-384/18. pág.29) garantizando que el interés superior de los NNA sea considerado de manera primordial y satisfaciéndolo de manera efectiva, aún en ponderación con otros intereses.

Asimismo, frente al derecho de tener una familia y no ser separados de ella, es menester tener en cuenta que los NNA: (i) deben permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior; (ii) tienen derecho a que ambos padres los cuiden y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos; y, (iii) a conservar el lazo de cuidado y de amor por parte de ambos padres. De manera que aun cuando se presentan eventos de divorcio, la finalización de la unión marital de hecho, nulidad de matrimonio o

separación de cuerpos, la convivencia familiar con los hijos se debe garantizar en la medida que responda al interés superior de los NNA.

Del mismo modo, la Corte señala que esta decisión sobre el lugar de residencia de los NNA debería ser tomada por los padres, pero a falta de acuerdo entre ellos, le corresponde intervenir al Estado para tomarla. En este sentido, estos acuerdos pueden desarrollarse a través de la conciliación y deberán fijar con claridad “lo atinente a las fechas o temporadas en que el menor estará bajo el cuidado y orientación de cada progenitor, y las responsabilidades económicas fijas que cada uno adquiere” (Sentencia T-384/18. pág.44).

Siendo así las cosas, corresponde a las autoridades administrativas ( defensor de familia) o jueces evaluar el material probatorio, revisar si los padres son idóneos para ejercer la custodia y el cuidado personal de los hijos, habida cuenta que ofrecen condiciones adecuadas para garantizar los derechos de éstos, sumado a que los hijos comunes así lo manifiestan a través de su opinión, la regla general debe centrarse en fijar judicialmente la custodia compartida y el cuidado personal a ambos padres, para propender por el interés superior de los NNA y el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.

Al respecto, es importante resaltar que los acuerdos de custodia compartida y cuidados personales que celebren los progenitores deben ceñirse a tres pilares:

- (i) el principio de corresponsabilidad parental que se traduce como la responsabilidad de ambos padres asociadas a la crianza, cuidado y educación de los hijos comunes;
- (ii) el principio de igualdad parental que se refiere a la igualdad real entre ambos padres;
- y (iii) el derecho a la coparentalidad de los NNA, 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: (a) Escuchar y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en lo relacionado con la definición de su custodia y cuidado personal, (b) La edad de los hijos, (c) estabilidad en los cuidados personales y un bienestar relacional e integral para los NNA (d) La interacción e interrelación del niño, niña y adolescente con sus figuras paternas (e) El lugar donde estará el menor (f) El tiempo que el niño, niña y adolescente estará bajo el cuidado de cada progenitor, velando porque sean periodos equilibrados y equitativos (g) los procesos de escolaridad empiezan o continúan su curso normal y que los menores mantengan sus hábitos y rutinas generales, (h) La salud física y mental de los progenitores (i) el progenitor que se encuentra bajo su cargo deba asumir los gastos económicos como brindar vivienda, alimentación y recreación durante los días que aquél permanezca en su residencia, y (j) lo concerniente a gastos fijos como educación, salud y vestido, entre otros, al igual que

lo relacionado con los demás gastos extraordinarios (Sentencia T-384/18. pág.47).

Teniendo en cuenta estos pilares la custodia y el cuidado personal de los NNA es una obligación que impone la progenitura responsable en igualdad de condiciones a ambos padres. Pero por sobre todo buscando el interés superior y el derecho a tener una familia y no ser separados de ella.

Ahora bien, frente a la regulación expresa de la figura de la custodia compartida, la Corte señala que a partir del entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales<sup>3</sup>, legales<sup>4</sup> y convencionales<sup>5</sup>, es viable afirmar que los padres pueden suscribir acuerdos de custodia compartida.

Así pues, frente al caso concreto, la Corte manifiesta que, aunque la custodia compartida está integralmente regulada en el ordenamiento jurídico, del entendimiento sistemático es posible extraer la aplicación de esta figura. Este ejercicio fue realizado por el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios con el fin de privilegiar el interés superior de los niños y de salvaguardar su derecho a tener una familia y no ser separados de ella. Sin embargo, en la parte que si se configura el defecto sustantivo es en la fórmula que aplicó el juzgado para determinar (i) el tiempo de permanencia de los niños con cada uno de los progenitores; y, (ii) la imposición de cuota alimentaria únicamente en cabeza de la accionante A.L., en tanto vulnera la igualdad parental, pues, primero le asignó al señor Y.V mayor tiempo (19 días) de convivencia con sus hijos, y a A.L menor tiempo (9 días), “ situación inequitativa que desequilibra los lineamientos básicos que deben guiar la custodia compartida ” (Sentencia T-384/18. pág.59).

Frente al segundo punto, la Corte manifiesta que la cuota alimentaria en los casos de custodia compartida, debe ser tasada de acuerdo con las normas generales, en especial, el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia. En este sentido, señala que en la custodia compartida “el progenitor que se encuentra a cargo deba asumir los gastos económicos como brindar vivienda, alimentación y recreación durante los días que aquéllos

---

<sup>3</sup> artículo 5, 42, 44 y 93 de la C.P

<sup>4</sup> artículo 253 del Código Civil y artículos 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia

<sup>5</sup> Convención sobre los Derechos de los Niños

permanezcan en la residencia del padre o de la madre. Además de ello, ante la existencia de gastos

fijos como la educación, la salud y el vestido, entre otros, es necesario que los mismos sean distribuidos entre ambos progenitores de forma equitativa y proporcionada a la capacidad económica de cada uno de los alimentantes” (Sentencia T-384/18. pág.59). Así pues, frente al caso en concreto el juez desconoció las normas generales y solo fijó la cuota en cabeza de la señora A.L.

Finalmente, la Corte se pronuncia frente a las pruebas no valoradas por el juez y determinó que sí hubo un defecto sustantivo y fáctico que desconoció el debido proceso de la señora A.L. Razón por la cual concederá el amparo y dejará sin efectos la sentencia emitida el 24 de julio de 2017 emitida por el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios.

### **Análisis de los desafíos**

Llegado a este punto y luego de indagar y analizar los desafíos que surgieron en las implementación de la custodia compartida en otras jurisdicciones, junto con los pronunciamientos de las Altas Cortes, es posible evidenciar que a pesar de encontrar desafíos alrededor de la aplicabilidad y claridad en la aplicación de esta figura, en el caso de Colombia, sin haber una regulación integral y expresa sobre la custodia compartida, el mismo ordenamiento jurídico le brinda a los jueces la posibilidad de adoptar esta figura, solventando varios de los desafíos encontrados.

De manera que contrario al desafío evidenciado en España antes de la Ley Estatal 15 de 2005, en donde algunos jueces señalaban que la custodia compartida era contraria al ordenamiento jurídico, en el caso Colombiano la Corte Constitucional ha señalado que ésta se acompasa con el mismo, promoviendo el interés superior de los NNA y garantizando el derecho de tener una familia y no ser separada de ella. Con lo cual, la falta de una norma que introduzca la figura de manera expresa en el ordenamiento jurídico, no obsta para que los jueces no la apliquen en los casos en los que beneficie el interés superior de los NNA.

Sin embargo, muy en línea con la claridad de los requisitos considerados en los casos de custodia compartida en el caso de Puerto Rico, en Colombia el desarrollo jurisprudencial alrededor de esta figura permite extraer los elementos que los jueces deberían considerar en estos casos. Así pues, y tal como lo señala la Sentencia T-384/18 los acuerdos de custodia compartida deben ceñirse a tres pilares: *i*) el principio de corresponsabilidad parental, *ii*) el principio de igualdad parental, y *iii*) el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y

adolescentes.

En relación con esto, se debe valorar objetivamente la respectiva situación del caso para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar el bienestar y desarrollo integral de los NNA; valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado y la opinión de los hijos (Sentencia T-443/18)

Por otro lado, y contrario con el desafío evidenciado en el caso de España y Chile en donde la custodia compartida solo pueda proceder como consecuencia del acuerdo de los progenitores, en Colombia se ha señalado que el principio del interés superior de los NNA y su derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella, permiten que las autoridades administrativas y judiciales puedan promover los acuerdos en donde se defina la custodia de manera consensuada, o también pueden establecerse de oficio si el material probatorio señala que es el mejor modelo para el desarrollo de los NNA.

Con lo cual es posible señalar que, aunque la figura compartida no esté regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, de una interpretación holística del mismo es posible implementar esta figura, asegurando el interés superior de los NNA. De manera que las autoridades administrativas o judiciales pueden basar su análisis en los artículos superiores: 5, que reconoce a la familia como instituciones básicas de la sociedad; del artículo 42, del que se deriva la progenitura responsable; del artículo 44, que señala los derechos de los NNA y del artículo 93 por el cual se reconoce lo señalado en la Convención sobre los Derechos de los Niños. Así también, de lo señalado en el artículo 253 y siguientes del Código Civil en lo referente a la crianza, educación y cuidado de los NNA. De modo que puedan asegurar los dos elementos que la Corte ha señalado para garantizar sus derechos en casos de rupturas familiares como lo son el interés superior de los NNA en cada caso en concreto y el derecho a tener una familia y no ser separada de ella.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente que los contextos de conciliación tengan en cuenta lo señalado por las Altas Cortes, siendo lo principal el derecho de los NNA a tener una familia y no ser separados de ella y la prevalencia de sus intereses. Esto, en orden hacer propuestas de acuerdo a derecho, pues la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

han logrado establecer postulados generales que le permiten a los conciliadores proponer los mejores acuerdos en contextos de conciliación.

No obstante, este desarrollo jurisprudencial, aún es necesario pronunciamientos que brinden claridad con respecto al funcionamiento de la cuota alimentaria cuando se adopta la custodia compartida y si en todos los casos procedería la misma para el progenitor que no tenga el cuidado de los hijos en un momento del año. especialmente con los alimentos congruos cuando los progenitores no tienen la misma capacidad económica para igualar al otro progenitor y así brindar alimentos a los NNA.

Asimismo, es pertinente brindar claridad frente a los tiempos concretos en que cada progenitor está con los hijos. Pues en experiencia de múltiples conciliadores en los casos que uno de los progenitores incumple con los tiempos de custodia compartida porque simplemente en el acta no se establece con claridad los horarios y tiempos de entrega y devolución de los hijos. Entonces, los progenitores recurren a instancias como la Fiscalía General de la Nación para denunciar el delito de ejercicio arbitrario de la custodia. Sin embargo, este delito no se tipifica en razón a la figura de la custodia compartida.

De este modo, es pertinente señalar que en los casos divorcio por mutuo acuerdo, y en los eventos en que hay NNA, el artículo 34 de la Ley 962 de 2005 señala que “El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad”. En este sentido, el ICBF ha señalado que en los acuerdos conciliatorios donde los padres señalen claramente “las fechas o temporadas como se desarrollará dicha situación” y los términos de la custodia compartida es deber de la Autoridad administrativa, en este caso el defensor de Familia acoger este acuerdo, “toda vez que se trata de la manifestación expresa y libre de la voluntad de las partes. Lo anterior, claro está, sino existe controversia entre los padres y se garantiza en su totalidad la protección integral de los derechos de los niños” (Concepto 34 de 2016).

## CONCLUSIONES GENERALES

A lo largo del presente proyecto se trazó un camino que encauza la respuesta de la pregunta de investigación propuesta, a saber, ¿Cuáles son los desafíos legales que enfrenta Colombia a la hora de adoptar la custodia compartida como regla general, cuando hay ruptura del vínculo conyugal o marital entre los que ostentan la custodia de los niños, niñas y adolescentes? Para ello se señaló que la custodia compartida ha desarrollado la verdadera igualdad en los derechos que los padres cumplen frente a sus hijos. Pues, reivindica el papel de la mujer y del hombre, posterior a una ruptura, en donde ambos continúan ejerciendo los deberes de crianza, cuidado y tenencia de sus hijos de manera alterna. Sin embargo, como lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, no es el único modelo de custodia que permite el interés superior de los NNA por ello hay que analizar caso a caso para poder establecer cuál modelo de custodia garantiza en mejor medida sus derechos.

A este respecto es importante señalar que aun cuando el contexto fáctico impida la aplicación de la custodia compartida, de igual manera los principios de coparentalidad y corresponsabilidad parental se deben mantener. Pues estos principios “van más allá de la custodia compartida” en la medida que “existe algún grado de interacción coparental independientemente del tipo de custodia que se haya acordado o atribuido. La coparentalidad es una dimensión de la parentalidad y un elemento esencial de la misma” (Bolaños Cartujo. 2015. p.71) Con lo que, si bien la custodia compartida supone un camino más evidente para materializar estos principios, los otros modelos de custodia no los excluyen.

Dicho esto, es menester señalar que, en los casos de ruptura familiar o conyugal, la convivencia familiar puede verse comprometida por los sentimientos encontrados que esta supone, especialmente, cuando hay NNA de por medio. En este contexto, la familia, la sociedad y el Estado deben velar porque los intereses de los NNA sean garantizados de manera prevalente para asegurar su desarrollo armónico e integral. Así pues, al momento de decidir sobre la custodia, el ordenamiento colombiano guio vía jurisprudencial y normativa, a los usuarios de la justicia y a las autoridades administrativas y judiciales a tomar decisiones enfocadas en el interés superior de los NNA y su derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Sin embargo, estos dos factores que guían las decisiones en el Derecho de Familia Colombiano no son los mismos, ni en las mismas proporciones, los principios que dirigen la

toma de decisiones en los ordenamiento de Chile, España y Puerto Rico. Por ejemplo, en el caso de España, y de acuerdo con la Ley 15 de 2005, sólo los padres pueden determinar solicitar la custodia compartida, de manera que el Juez no puede imponerla a los progenitores en función del interés de los NNA. En estos casos, si los progenitores no llegan a acuerdos frente a la custodia compartida, aun cuando esto implique un beneficio mayor para los hijos no hay poder legal que los inste a hacer estos acuerdos, con lo que se puede evidenciar que el interés superior de los NNA en el caso de España no es el principio rector que guía las decisiones en casos en donde se define la custodia de los hijos.

Cabe aclarar que algunas Comunidades Autónomas se han pronunciado en diferentes sentidos, permitiendo que el juez pueda establecerla para garantizar los derechos de los NNA, pero de acuerdo con la Ley estatal esto no podría ser si se interpreta formalmente.

Otro ejemplo, lo brinda el caso de Chile, en este caso la determinación de la custodia compartida funciona por acuerdo de los progenitores la custodia compartida. Pero también, tiene otros retos que conviene ser señalados, como, por ejemplo, que el proceso de tuición no promueve espacios conciliatorios, sino que el proceso funciona como típicamente se desarrollan los procesos contenciosos en donde ambas partes se oponen férreamente al 'otro'. Si bien esto no se relaciona directamente con los derechos de los NNA, la promoción de espacios conciliatorios si permiten que los progenitores puedan tomar decisiones pensando en el bienestar de los hijos.

Por otro lado, otro desafío que evidenció el ordenamiento jurídico chileno es la falta de técnica legislativa que puede generar interpretaciones divergentes en la aplicación de la custodia compartida. Esto en la medida que el artículo 225 del Código Civil, que regula la custodia compartida señala que la tuición compartida se desarrollará: "mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad" lo que es contradictorio con la esencia misma de la alternancia de la tuición compartida, en donde los hijos van a tener que estar en movimiento entre las residencias de sus progenitores.

Finalmente, el análisis del caso de Puerto Rico, permite evidenciar que la claridad de la Ley al establecer los casos en los que procede la custodia compartida y en los que no, facilita su aplicación por parte de los jueces, así como su interpretación por parte de los usuarios de la

justicia. De esta forma es más evidente y fácil para los tomadores de decisiones las circunstancias que aseguran los derechos de los NNA.

Ahora bien, en el caso de Colombia y aun cuando no es una figura integralmente regulada, las Altas Cortes han brindado elementos suficientes para responder a los desafíos al implementar la custodia compartida. Así pues, al responder sobre la pregunta de investigación sobre ¿Cuáles son los desafíos legales que enfrenta Colombia a la hora de adoptar la custodia compartida como regla general, cuando hay ruptura del vínculo conyugal o marital entre los que ostentan la custodia de los niños, niñas y adolescentes? a partir de lo analizado ampliamente en el capítulo segundo, sobre los casos de Puerto Rico, España y Chile , se encontró que los desafíos son variados y que pueden resumirse en: (1) Necesidad de regulación expresa de la custodia compartida (2) que la misma no contravenga el ordenamiento jurídico, (3) que haya claridad sobre su aplicación, (4) que pueda proceder no sólo por acuerdo entre los progenitores, sino también por decisión del juez, (5) que se promuevan espacios de diálogo entre los progenitores para que haya acuerdos frente a los NNA que maximicen sus intereses en contextos de divorcio, finalización de la unión marital de hecho, nulidad de matrimonio o separación de cuerpos, y (6) claridad en los límites de la aplicación de la custodia compartida.

Al respecto, en el ordenamiento jurídico colombiano es posible señalar que las Altas Cortes han brindado herramientas necesarias para que los jueces pueden adaptarla y establecerla a cada caso en particular, teniendo en cuenta las situaciones de cada caso.

De esta forma y tal como lo señala la Corte constitucional en sentencia T-384/18, el juez de familia puede establecer la custodia monoparental con régimen de visitas o la custodia compartida. Si bien este análisis es discrecional del juez, siempre debe fundamentarse en el interés superior de los NNA y el derecho fundamental que tienen los niños a tener una familia y no ser separada de ella.

Sobre este último, la Corte Constitucional ha resaltado su importancia al momento de decidir sobre la custodia, pues si bien las rupturas familiares tienden a ser fruto de conflictos entre los progenitores, este no constituye un hecho que permita separar a los NNA del cuidado, amor, crianza y acompañamiento de ambos padres. Incluso y tal como se evidencio en la

sentencia T-384/18, los NNA tienen derecho a estar no solo con su familia inmediata como lo son su papá, mamá y hermanos, sino también de la familia ampliada como lo son los abuelos maternos y paternos, los tíos, primos y en general de los miembros que constituyen la familia de crianza.

En esta línea, la Corte ha avalado que los jueces dentro de sus motivaciones para establecer la custodia compartida, tengan en cuenta la condición mental, personal y laboral de los padres, en orden a conocer posibles fuentes de riesgos para la estabilidad emocional de los NNA. Cabe resaltar que en Colombia la familia extendida tiene legitimación para solicitar la custodia. De manera que, en estos casos, también se observan las variables de condición mental, personal y laboral para poder establecer si la custodia con la familia ampliada blinda el interés de los NNA.

Es más, la Corte ha señalado que en casos contenciosos se deben mirar estos elementos:

(i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor de edad no se puede operar de manera mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar el bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente, (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias en que se encuentre el menor de edad en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado, (iii) la opinión del menor de edad, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento relevante en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente, y (iv) las pretensiones de quienes solicitan la custodia del menor de edad, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella. (Sentencia T- 443/18. pág. 29, tomado de la Sentencia T-442 de 1994)

De igual forma la Corte ha establecido que en la custodia compartida debe haber un reparto equitativo y equilibrado de responsabilidades entre las partes que asumen la misma. De manera que

Ambas partes encargadas del cuidado personal de los menores de edad, tengan: (i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente; (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 de edad. (Sentencia T-443/18. pág. 35)

Con lo cual, es importante revisar los fallos que las Cortes han proferido en orden a tener

herramientas necesarias para llegar a soluciones frente a la implementación de la custodia compartida en Colombia. Sin embargo, es menester insistir que Colombia es un estado democrático y “son por ende nuestros legisladores los llamados a tomar las decisiones al respecto” (Gutiérrez Carvajal. 2020.p.19) para conservar el principio democrático y demás principios que sustentan nuestra democracia.

Por otro lado, y en orden a resaltar factores de mejora en nuestro ordenamiento jurídico frente a la implementación de la custodia compartida, es interesante señalar que uno de los desafíos más notables es la falta de regulación integral y expresa de la custodia compartida en el ordenamiento colombiano. Sin embargo, la jurisprudencia de las Altas Cortes se ha adelantado a la falta de claridad, señalando el sustento normativo que permite su aplicación. En este sentido, las Cortes señalan que la interpretación integral de las leyes existentes brinda las herramienta adecuadas para que los jueces puedan aplicar esta figura.

El segundo desafío es la falta de claridad respecto de los parámetros que pueden seguir los usuarios de la justicia respecto a si procede o no la custodia compartida. De este modo, aun no es claro si se puede optar por la custodia compartida cuando las residencias de los padres no están cerca la una de la otra, por ejemplo, el caso de que un progenitor viva en México y el otro en Bogotá, o en Pasto y el otro en Medellín; o si por el contrario este no es un criterio suficiente para considerar que afecta la estabilidad de los NNA.

En este sentido, también es pertinente solventar el desafío respecto a la claridad de los tiempos que corresponden a cada progenitor en la custodia compartida. Pues si bien la jurisprudencia de la Corte y conceptos del ICBF han señalado que los tiempos de cada progenitor no deben ser necesariamente iguales. La Corte también ha señalado que debe haber igualdad entre los progenitores. De manera que no es claro cómo se soluciona esta aparente contradicción. Al respecto, esto debe ser objeto de un pronunciamiento que brinde claridad, para socavar el ambiente conflictivo entre progenitores

El tercer desafío es la manera en la que se desarrolla el proceso de custodia, es decir, el diseño del proceso judicial promueve que las pretensiones de las partes se opongan. De este modo, la manera más acertada de generar consensos alrededor de la custodia de los NNA es en ambientes de conciliación que deben ser promovidos por la justicia en orden a menguar los ánimos conflictivos en

los que tienden a desarrollarse los procesos de custodia.

De igual forma, un ámbito interesante de Colombia es que aun cuando se ha establecido la custodia compartida también se ha señalado cuota alimentaria. Si bien la Corte también ha señalado que se debe recurrir a la normativa que ya regula la custodia, aún no es claro el tratamiento de los alimentos congruos cuando los progenitores no tienen la misma capacidad económica para igualar al otro progenitor y así brindar alimentos a los NNA.

Sin embargo, al estar en contextos delicados en donde hay que prever situaciones que ahonden en el conflicto, sería oportuno “proporcionar las estrategias de actuación lo más concretas y adecuadas posibles para reducir al máximo los niveles de litigiosidad” (Meco Tébar. 2015. p. 22). En este sentido, aún no es del todo claro si en los contextos de custodia compartida, cada progenitor asume los gastos de los hijos cuando esté al cuidado de estos o si se deben continuar asumiendo alimentos independientemente de la custodia compartida; o si solo se asumen alimentos en casos extraordinarios, es decir, en casos diferentes de vivienda, alimentos, vestuario, como lo sería el caso de salud, en donde ciertas consultas u operaciones no sean cubiertas por la EPS, y en este caso habría que establecer cómo van a asumir esos costos.

Así pues, para finalizar, es pertinente resaltar que la custodia compartida es “el mejor escenario para garantizar las condiciones afectivas y físicas del menor, siempre que los padres hagan el esfuerzo en ceder a sus intereses individuales y conflictos personales para proteger el bienestar del hijo” (Rangel Guerra. 2019. p.85) y a pesar de no ser una figura integralmente regulada, las Cortes han establecido elementos a tener en cuenta al analizar los casos de custodia. Sin embargo, sí sería pertinente que el Congreso legisle sobre este tema en orden a salvaguardar el principio democrático y dar mayor seguridad jurídica en su aplicación a diversos casos.

## Bibliografía

- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2), 21-59. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200002>
- Amor de Papá. (n.d.). *Ley Amor de Papa*. Retrieved 03 17, 2021, from <http://www.amordepapa.org/conozca-nuestra-ley-amor-de-papa-david-abuhadba/>
- Angueira, H. (2012). La custodia compartida como política pública en Puerto Rico: El principio del fin de la violación de los derechos constitucionales de los padres en las salas de familia. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 81(3), 861 - 894.
- BOE. (2011, 03 22). *Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas*. Retrieved 03 10, 2021, from <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOA-d-2011-90007-consolidado.pdf>
- Bolaños Cartujo, I. (2015, 12 21). Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 15(1), 57 - 72.
- CEJ. (2020, 11 20). *¿Aumentaron los divorcios en Colombia por cuarentena?* Corporación Excelencia en la Justicia. Retrieved 01 30, 2020, from <https://cej.org.co/sala-de-prensa/aumentaron-los-divorcios-en-Colombia-por-cuarentena/>
- Congreso de Colombia. *Código Civil de Colombia*. Legis.
- Congreso de Colombia. (2006, 11 8). *Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. (2013, 07 11). *Sentencia del 11 de julio del 2013*.
- Contreras Marín, J., & Valdenegro Santander, N. (2016, 01). *Bienestar subjetivo de niños/as desde la percepción de padres y madres con Tuición Compartida*. Retrieved 03 17, 2021, from

<http://bibliotecadigital.academia.cl/bitstream/handle/123456789/3624/TPSICO%20642.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. Retrieved 02 07, 2021, from

<https://www.Senado.es/web/conocerSenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t5>

Corte Constitucional (2017, 04 26). *Sentencia C-246-17*. Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Retrieved 02 09, 2021, from <https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-246-17.htm>

Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas, (1996, 09 25). *Sentencia T-474/96*. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Retrieved 02 07, 2021, from <https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-474-96.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, (2007, 11 22). *Sentencia C-1003/07*. Magistrado Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Retrieved 02 07, 2021, from <https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-1003-07.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, (2010, 03 3). *Sentencia C-145 de 2010*. Magistrado Ponente: Dr Gabriel Eduardo Mendoza. . Retrieved 2 07, 2021, from <https://www.Corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-145-10.htm>

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, (2018, 11 13). *Sentencia T- 443-18*. Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Retrieved 02 09, 2021, from <https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-443-18.htm>

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, (2018, 09 20). *Sentencia T- 384-18*. Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Retrieved 02 09, 2021, from <https://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-384-18.htm>

- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, (2011, 11 08).  
*Sentencia T- 844-11*. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Retrieved 02 09, 2021,  
from <https://www.Corte constitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, (2017, 03 24).  
*Sentencia T- 177-17*. Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo. Retrieved 02 09,  
2021, from <https://www.Corte constitucional.gov.co/relatoria/2017/T-177-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, (2018, 10, 22). *Sentencia T- 428-18*. Magistrado  
Ponente: Carlos Bernal Pulido. Retrieved 02 10, 2021, from [https://www.Corte  
constitucional.gov.co/relatoria/2018/T-428-18.htm](https://www.Corte constitucional.gov.co/relatoria/2018/T-428-18.htm)
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, (2003, 06 19). *Sentencia T- 510-03*. Magistrado  
Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Retrieved 02 10, 2021, from [https://www.Corte  
constitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm](https://www.Corte constitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm)
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, (2018, 12 07). *Sentencia T- 468-18*. Magistrado  
Ponente: Diana Fajardo Rivera. Retrieved 02 10, 2021, from [https://www.Corte  
constitucional.gov.co/relatoria/2018/T-468-18.htm#\\_ftn76](https://www.Corte constitucional.gov.co/relatoria/2018/T-468-18.htm#_ftn76)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. (2018, 09  
18). *Sentencia STC12085-2018*.
- Duarte Gualdrón, R. (2015). *Custodia compartida en Colombia “análisis desde el interés superior del  
niño y perspectivas desde el derecho comparado”*. Retrieved 03 17, 2021, from  
[https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/58685/RosarioDuarte.2015.pdf?sequence=  
1&isAllowed=y](https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/58685/RosarioDuarte.2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- El Orden Mundial. (2020, 09 28). *¿Por qué Puerto Rico no es una colonia de Estados Unidos?* EOM.  
Retrieved 03 18, 2021, from [https://elordenmundial.com/por-que-puerto-rico-no-es-una-  
colonia-de-estados-unidos/](https://elordenmundial.com/por-que-puerto-rico-no-es-una-colonia-de-estados-unidos/)

- Esparza Olcina, C. (2014, 01 17). La guarda compartida en el Código Civil Español y en la Ley Autonómica Valenciana. *Revista Boliviana de Derecho*, 17, 190 - 209.  
<https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539932010.pdf>
- Fariña, F., Seijo, D., Arce, R., Vázquez, M. J. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 107 - 113.  
<https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.001>
- García Reyes, A. (2020, 07). *Análisis de la guarda y custodia compartida*. Retrieved 12 29, 2020, from <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/20772/Analisis%20de%20la%20guarda%20y%20custodia%20compartida.pdf?sequence=1>
- Gutiérrez Carvajal, M. (2020). *La custodia compartida en la legislación Colombiana, una figura controversial*. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2013, 08 23). *Concepto 112 de 2013*. Retrieved 02 08, 2021, from [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000112\\_2013.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000112_2013.htm)
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2015, 06 29). *Concepto 94 de 2015*. Retrieved 05 24, 2021, from [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000094\\_2015.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000094_2015.htm)
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2016, 04 18). *Concepto 34 de 2016*. Legis.
- Jaramillo, I. C., Ripoll Núñez, K. J., & Vargas Trujillo, E. (2015). *Decisiones sobre custodia y visitas - la perspectiva jurídica y familiar* (1st ed.). Uniandes.  
<http://ezproxy.uniandes.edu.co:8080/login?url=http://www.jstor.org/stable/10.7440/j.ctt18pkfbn>
- Jáuregui, R. (2016). *Responsabilidad parental: alimentos y régimen de comunicación : Código civil y comercial de la nación, Ley 26.994*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Marín, M. D., Víctor Horcajo, P. J. (2017). Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(1), 115- 125. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2016.11.002>

- Meco Tébar, F. (2015, 07 17). *La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida*. Retrieved 03 13, 2021, from <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/47061/173-194.pdf?sequence=1>
- Mesías Toro, J. A. (2017). *Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la Ley N° 20.680: ¿Interés del hijo o de los progenitores?* Retrieved 03 18, 2021, from <http://repositorio.uChile.cl/bitstream/handle/2250/146541/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-del-cuidado-personal-compartido-conforme-a-la-Ley-No-20.680-inter%C3%A9s-del-hijo-o-de-los-progenitores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Microjuris. (2013). *Cuadro comparativo modificaciones introducidas al Código Civil por la Ley N° 20.680*. Retrieved 03 17, 2021, from <https://microjuriscl.files.wordpress.com/2013/06/cuadro-comparativo-modificaciones-introducidas-al-cc3b3digo-civil-por-la-ley-n.pdf>
- Observatorio de Políticas de las Familias & Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Tipologías de Familias en Colombia: Evolución 1993 – 2014*. Retrieved 02 11, 2021, from [https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion\\_dic3-\(1\).pdf](https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion_dic3-(1).pdf)
- Oliva Gómez, E., Villa Guardiola, V. J. (2013, 11 25). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20. <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>
- ONU: Asamblea general. (1989, 11 20). *Convención sobre los Derechos del Niño*. OHCHR. Retrieved 01 30, 2021, from <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Pía Comprini, M. (200). *Tuición y derecho de visita en Chile*. Retrieved 03 17, 2021, from <https://www.papasorsiempre.cl/articulos/estudio-tuicion-y-visitas.pdf>
- Rangel Guerra, S. M. (2019). *La Custodia Compartida en Colombia*. Universidad Santo Tomás. Retrieved 03 13, 2021, from

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/19096/Rangel%20Soraya%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Salinas, C. (n.d.). *5 claves para entender el 'cambio cultural' que se viene*. Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Chile. Retrieved 03 17, 2021, from

<http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/13535-profesora-carolina-salinas-se-refiere-a-la-ley-amor-de-papa-5-claves-para-entender-el-cambio-cultural-que-se-viene>

Secretaría General Técnica. (2001). Panorámica de las familias en la sociedad actual y su reflejo en la educación. *Educación y familia*, 325, 444. <https://sede.educacion.gob.es/publivena/d/9962/19/0>

Solórzano Canales, M. d. I. Á., Rivera Cano, M. C., Pichardo Ruiz, O. A. (2017, 11). La responsabilidad parental y la coparentalidad [Monografía de grado]. En la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. Retrieved 03 27, 2021, from

<http://riul.unanleon.edu.ni:8080/jspui/bitstream/123456789/6672/1/238943.pdf>

Torres Perea, J. M. (2011, 10). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. *InDret*, 61.

Venegas Medina, M. d. M., & Becerril Ruiz, D. (2017). *La custodia compartida en España*. Dykinson.

Vita Mesa, L. (2020, 09 29). Divorcios han disminuido 35% en comparación con 2019 según la Superintendencia de Notariado y Registro. *Asuntos Legales*.

<https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/divorcios-han-disminuido-35-en-comparacion-con-2019-segun-la-superintendencia-de-notariado-3066635>

Zafra Espinosa de los Monteros, M. R. (2018). *Nadie pierde: La guarda y custodia compartida. Aspectos jurídico-procesales*. Dykinson. <https://doi.org/10.21950/VCXBXI>

Zweigert, K., & Kötz, H. (2002). *Introducción al Derecho Comparado* (Primera edición en español ed.). Oxford University Press.