



## La custodia compartida en Colombia: mecanismo jurídico de protección del derecho a la igualdad de los padres y de los menores a tener una familia.

Shared custody in Colombia: legal mechanism to protect the right to equality of parents and minors to have a family

Sandra Milena Salas Corzo<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Egresado no graduado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Libre Seccional Socorro.  
sandralsalascorzo@hotmail.com

INNOVANDO EN LA U ISSN 2216 - 1236

### RESUMEN

En Colombia la institución de la familia y el derecho a tener una familia se ha constitucionalizado y se han ido creando mecanismos jurídicos de protección que buscan su efectiva protección, teniendo en cuenta la igualdad de todos sus miembros y el interés superior del niño. No obstante, es de suma importancia tener en cuenta que el núcleo esencial de la sociedad denominado en la norma superior puede verse afectado en un sinnúmero de oportunidades, principalmente por la separación de los padres a quienes se les ha atribuido el cuidado personal de los hijos menores en igualdad de condiciones.

**Palabras clave:** Custodia compartida, derecho a la igualdad, derecho de los niños, familia.

### ABSTRACT

In Colombia, the institution of the family and the right to have a family has been constitutionalized and legal protection mechanisms have been created that seek their effective protection, taking into account the equality of all its members and the best interest of the child. However, it is of the utmost importance to take into account that the essential core of the society named in the higher norm can be affected in a number of opportunities, mainly by the separation of the parents who have been attributed the personal care of the children under equal conditions.

**Keywords:** Shared custody, right to equality, children's rights, family.

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1.1. Descripción del problema

La institución jurídica de la familia se puede ver afectada por diferentes motivos, entre ellos, por la decisión de los padres en dar por terminada su relación sentimental y separarse, donde, los hijos menores son los principales afectados pues presencian como su núcleo familiar se desintegra e inician los conflictos de los padres por determinar quien deberá ejercer el cuidado personal de los hijos y sus consecuentes responsabilidades alimentarias.

#### 1.2. Antecedentes

El análisis y aplicación de la custodia compartida surgió en la década de los años setenta, la cual se instituyó con el objetivo de que los dos padres pudieran participar activamente en la crianza y cuidado personal de sus hijos menores. “El primer estatuto de custodia conjunta fue aprobado en el estado norteamericano de Indiana en 1973” (Ibáñez, 2004).

Por consiguiente, más adelante en los años 1980 y 1990, se realizó una constante evolución en el desarrollo de la aplicación de la custodia compartida en relación con el aumento de los hogares monoparentales y las consecuencias que de ella se derivan en el proceso de crianza de los menores, motivo por el cual, el tema de la custodia compartida fue utilizándose cada vez más de forma paulatina.

Más adelante, finalizando la década de los años 90 e iniciando el nuevo siglo, el régimen jurídico de la custodia compartida recobró mayor fuerza normativa debido a que muchos países decidieron regular la custodia compartida como un mecanismo de beneficio en el desarrollo social y familiar de los menores y en la búsqueda que los efectos de la separación de los padres generasen los menores efectos negativos posibles.

Es por esto, que la custodia compartida no es un modelo de custodia novedoso, solo que es poco conocido y utilizado en el área de familia, debido a los temores del prevaricato que se apodera de los jueces de nuestro país, sin tener en cuenta que por medio de este mecanismo se busca una solución pacífica del conflicto y el bienestar de todos los miembros del núcleo familiar.

### 1.3. Pregunta problema

¿El ejercicio de la custodia compartida garantiza el derecho a la igualdad de los padres y de los menores a tener una familia en Colombia?

### 1.4. Justificación

En la actualidad es común encontrar familias disfuncionales conformadas por padres separados quienes viven en un constante conflicto al momento de determinar a quién le corresponde el cuidado personal de los hijos menores, quienes, a su vez, en múltiples oportunidades, además de tener que separarse de alguno de sus padres, también deben ser separados de sus hermanos. Por lo cual, es de suma importancia dar aplicación a la custodia compartida en donde se busque el mayor bienestar de cada uno de los miembros de la familia y de igual manera, el menor grado de afectación a los menores en la desintegración de su núcleo familiar.

### 1.3. Objetivo general

Analizar jurídicamente la custodia compartida como mecanismo de protección del derecho a la igualdad de los padres y de los menores a tener una familia.

### 1.4. Objetivos específicos

- Identificar el régimen jurídico de la custodia compartida en Colombia.
- Analizar los mecanismos jurídicos de protección de los menores a tener una familia.
- Determinar si la aplicación de la custodia compartida brinda protección al derecho a la igualdad de los padres en relación con el cuidado personal de los menores hijos.

## 2 METODOLOGÍA

### 2.1. Tipo de investigación

El diseño metodológico obedeció a una investigación de carácter mixto o bimodal, debido a que se desarrolló un diseño transaccional descriptivo y exploratorio; el primero se implementó con el objeto de presentar las distintas corrientes teóricas que han desarrollado el concepto de la custodia compartida, para posteriormente describir la relación existente entre ésta y la protección del derecho a la igualdad de los progenitores en relación con el cuidado personal de los menores y de los hijos a tener una familia y no ser separados de ella.

### 2.2. Técnicas de investigación

Se utilizaron técnicas de análisis y revisión documental.

## 3. RESULTADOS

Análisis normativo y doctrinal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia.

Para el ser humano el comportamiento social es un factor de suma importancia que se aprende desde sus primeros años de vida, es por ello que para las ciencias sociales la familia es un elemento esencial para la sociedad en general, por lo que a dicho círculo social se le ha denominado como el núcleo principal de la comunidad. Siendo el derecho un arte de las ciencias sociales, la importancia de la familia es un factor que afecta de manera directa los pilares de los sistemas jurídicos y la forma de proporcionar normas para la regulación del comportamiento social.

No es de sorprender que siendo Colombia un Estado social de derecho y con la expedición de la Constitución Política de 1991, que la familia ostente un carácter de derecho y garantía constitucional; de esta forma el Estado colombiano garantiza una estabilidad social y asegura el buen funcionamiento de sus principios estatales.

La importancia de la familia se ve reflejada en el hincapié que realizan algunos artículos sobre su protección con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad familiar o al buen nombre, derechos que son principalmente inherentes a la persona como individuo que aseguran a su vez como miembro de un grupo social primigenio.

Para la autora Álvarez Pertuz (2011) el estado colombiano al saber de la importancia de la familia para su ordenamiento, ha decidido proporcionar a través de la carta política una serie de normas complementarias que resaltan y aseguran la protección íntegra a la familia y sus miembros, estas normas se encuentran desde los elementos esenciales del Estado (artículo 2), pasando por el reconocimiento de la familia como ente central de la sociedad (artículo 5), así como el derecho de no dar testimonio en contra de su cónyuge o demás familiares (hasta cuarto grado de consanguinidad) (artículo 33), sin olvidar que la carta política reservó un acápite propio para resaltar la importancia de la familia en la sociedad y la obligación del Estado a protegerla frente a cualquier amenaza interna o externa.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables (Const., 1991, art. 42).

Finalmente, el Estado señaló los derechos que benefician de forma individual a los miembros de la familia; estos derechos son la igualdad entre los distintos géneros (artículo 43).

### ***Mecanismos jurídicos de protección de los derechos de los padres en relación al cuidado personal de los hijos***

Cuando se hace alusión a la familia, se esta estableciendo el grupo social primigenio por excelencia, pues por medio de este la vida social se empieza y se adquieren las habilidades de comunicación y comportamientos necesarios para ser un ser productivo en la telaraña social.

Pese a que esta función de la familia aplica de forma conjunta a todos los miembros del grupo social, es más implícita en la crianza de los niños, niñas y adolescentes, pues son ellos los miembros más jóvenes de la familia y por ende los que más necesitan una guía, es por ello que el estado colombiano ha encargado esta función a los progenitores o los padres adoptivos o de crianza, los cuales tendrán la función de asegurar su protección y su educación básica.

Con el fin de dar profundidad en el tema, en primer lugar, se conceptualizará la figura jurídica de la custodia; que según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el:

“(…) cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de

hijos extramatrimoniales la tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña.” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2014, párr. 4).

De esta forma, se hace presente la importancia que posee esta figura jurídica, pues con ella se establece el garante principal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además del deber de brindar protección a los derechos y garantías constitucionales, los custodios de estos adquieren una serie de derechos frente al menor y sus bienes muebles e inmuebles; citando al Código Civil el ICBF menciona los principales derechos que los custodios poseen frente al derecho civil en el sistema colombiano.

Los derechos que comprende la patria potestad, se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. Los derechos sobre la persona del hijo que derivan de la patria potestad se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección. El Código Civil dispone que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de sus hijos (art. 253). Derechos que, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucra la obligación de mantenerlo o alimentarlo (Cód. Civil., art. 411); y de educarlo e instruirlo; es decir, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo (Cód. Civil, art. 262, modificado por el D. 2820/74, art. 21) la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del niño, niña o adolescente (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012, párr. 12).

De igual forma, estos derechos no solo se limitan a los bienes materiales que posee el menor, sino que también atañen a la vida íntima del mismo, pues así como los niños, niñas y adolescentes poseen el derecho de ser guiados y compartir con sus custodios o padres, estos mismos poseen el derecho de compartir y de ser parte del crecimiento de estos; de esta forma y con el fin de dar protección a este derecho, aun cuando los padres no convivan con sus hijos, el estado estableció la herramienta jurídica de la reglamentación de visitas, la cual tendrá como objetivo establecer por medio de la vía jurídica o por mutuo acuerdo el tiempo que los padres divorciados o separados compartirán en la vida del menor, garantizándole el compartir con sus dos padres y de igual forma, garantizando al padre el participar en la vida íntima del niño, niña y adolescente.

### Ubicación conceptual y normativa de la custodia compartida en Colombia

Para el Estado colombiano, el hecho de que los padres tomen la decisión de no conformar una sola familia no es sinónimo de pérdida de los derechos que estos tienen frente a sus hijos no emancipados, es por ello que los sistemas jurídicos y normativos han desarrollado la figura jurídica de la custodia compartida, que en palabras del Instituto Colombiano de Bienestar familiar se puede definir como:

“Un acuerdo mediante el cual los hijos pasan parte de su tiempo con cada uno de los progenitores. Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sostener visitas con el otro, hasta dividir el tiempo entre los padres, ya sea por semanas o por meses. Los jueces pueden determinar el ejercicio de la patria potestad y custodia entre los padres, dentro de un proceso de separación o de divorcio o dentro de un proceso independiente de los anteriores. El criterio que debe orientar la decisión del juez necesariamente tiene que ser el bienestar del menor de edad; no obstante, antes de disponer el ejercicio de la custodia compartida o el ejercicio de la misma por uno de los padres” (Morales Ortega & Castillo Bolaño, 2011, p.63-64)

Ahora bien, para poder establecer de forma correcta los términos de esta figura, el funcionario judicial deberá considerar los siguientes factores:

1. Se debe determinar si los padres son conscientes de la responsabilidad de la custodia y si están dispuestos a asumir dicha responsabilidad, superando los problemas personales.
2. Si existen discusiones entre los padres, se debe determinar si estos problemas son pasajeros o no y si estos ocasionan hostilidades.
3. La posibilidad que dicho acuerdo que se piensa establecer se pueda quebrantar o deshacer.
4. Tener en cuenta si el trabajo o la ocupación profesional, le permite al padre hacerse responsable del menor.
5. La disponibilidad económica del padre, hace posible la custodia compartida.
6. Si la ubicación de los hogares de los padres, puede o afecta de forma directa o indirecta a la educación del menor.

En cuanto a la regulación de la custodia compartida, el Estado colombiano no ha implementado ninguna herramienta normativa que establezca los principios que regirán la custodia compartida; sin embargo, en el año 2009 se empezaron a desarrollar los debates del proyecto de la Ley 32, la cual buscará regular la custodia compartida.

En cuanto a la regulación de la custodia compartida, es una idea que cobra fuerza en Colombia y algunos congresistas se han mostrado interesados en cambiar la normatividad al respecto presentando proyectos de ley que no han sido aprobados por el Congreso, como el Proyecto de Ley 249 de 2008, proyecto de Ley No. 337 de 2009 Cámara (Cabrera Acosta et al., 2016, p.81-82).

## 4. DISCUSIÓN

De acuerdo al análisis normativo realizado, es importante destacar que la Constitución y la ley establecen una igualdad de derechos respecto al régimen de custodia de los dos progenitores, no obstante, en la realidad se evidencia cierta prevalencia por otorgar la custodia a la madre de los niños, niñas y adolescentes. Sumado a lo anterior, se ha de denotar la situación jurídica – social a la cual ingresaría el padre, debido a la obligación alimentaria que se genera a cambio de un límite de tiempo de disfrute con sus hijos.

Por lo que la custodia compartida ha surgido como una solución jurídica idónea para este tipo de situaciones, en donde se busca que los padres lleguen a un acuerdo respecto al cuidado de sus hijos, brindando protección de igual manera a los derechos fundamentales de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, por lo que “Si los padres asumen voluntariamente la corresponsabilidad de cuidar a sus hijos, nadie puede forzarles a no asumirla cuando se separan”.

Teniendo en cuenta que al adquirir los niños, niñas y adolescentes el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la satisfacción de ese deber, se constituye en el objetivo primario de toda actuación particular u oficial que les concierna, por lo que debe existir una figura jurídica legalmente establecida donde no se vulneren los derechos de los padres y los niños, niñas y adolescentes al momento de determinar los lineamientos de la custodia derivada de un proceso de divorcio.

## 5. CONCLUSIONES

En este contexto, de acuerdo al problema jurídico planteado al inicio del presente trabajo de investigación se ha de resolver de manera afirmativa teniendo en cuenta que mediante la realización del análisis jurídico y el trabajo campo desarrollado por medio de la entrevista al juez de familia, es posible identificar el régimen de custodia compartida como un mecanismo jurídico idóneo por el cual se busca que el niño, niña y adolescente, a pesar de haber sufrido el proceso de separación de sus padres, pueda seguir gozando del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, y de igual manera de los padres, a seguir gozando del proceso de crecimiento, compañía y amor de sus hijos.

Lo anterior permite concluir que, de conformidad con la Constitución, la ley, los tratados internacionales y la doctrina, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás, razón por la cual se ofrecen garantías y beneficios que protegen su proceso de formación y desarrollo, teniendo de igual manera ejemplos exitosos en el análisis de derecho comparado, como es el caso de España.

## 6. AGRADECIMIENTOS

A Dios, quien con su infinito amor me otorgó la fortaleza y la capacidad necesaria para culminar esta etapa tan importante en mi formación profesional.

La Universidad y mis docentes por todos los conocimientos impartidos que sin duda alguna serán las bases fundamentales para iniciar mi vida profesional.

## 7. REFERENCIAS

- Cabrera Acosta et al. (2016). La Custodia Compartida En Colombia A Partir De La Constitución Política De 1991 Y El Derecho Comparado En España. (Trabajo de grado, Universidad Libre – Seccional Santiago De Cali). Recuperado de [http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9796/Cabrera\\_Satizabal\\_Vargas\\_2016.pdf?sequence=1](http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/9796/Cabrera_Satizabal_Vargas_2016.pdf?sequence=1)
- Castillo Bolaño, J., Morales Ortega, H. (2011). JUSTICIA. La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho, 16 (20). 56-70. Recuperado de <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/1064>
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>
- Congreso de Colombia. (22 de enero de 1991). Artículo 18 [Título I]. Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. [Ley 12 de 1991]. DO: 39640 Código Civil [Código]. (2017). Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. (18 de septiembre de 1992). Sentencia T-523/92. [MP. Ciro Angarita Barón]
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (6 de septiembre de 2012). Concepto 139 de 2012. Recuperado de [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000139\\_2012.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000139_2012.htm)
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (31 de marzo 2014). CONCEPTO 42 DE 2014. Recuperado de [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000042\\_2014.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000042_2014.htm)