

# **Concesión de la custodia compartida del menor de edad en algunos países de Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado, 2021<sup>1</sup>**

Liliana María Barrera Jiménez<sup>2</sup>

Manuela Pineda Jaramillo<sup>3</sup>

## **Resumen**

El presente estudio se desarrolló con el objetivo de analizar de forma comparativa la manera en la cual algunos ordenamientos jurídicos vigentes de algunos países de Latinoamérica (México, Chile y Argentina) abordan el tema de la custodia compartida. La metodología empleada para el desarrollo del estudio fue de corte cualitativa- documental, la cual se centró en la identificación, interpretación y análisis de un conjunto de 59 documentos referidos a la custodia compartida, entre ellos artículos, tesis y normatividad. Dentro de los resultados se identifica que tanto en México, como en Chile y Argentina en la actualidad existe la figura de la custodia compartida, mientras que, en Colombia, si bien hay casos de custodia compartida esta no está configurada, ni se encuentra reglamentada de forma integral. En conclusión, para comenzar la incorporación de la custodia compartida, es importante que el país analice las experiencias que otros países han tenido con este modelo, específicamente Argentina, donde esta es una figura que, además de estar reglamentada, tiene un carácter de obligatoria.

**Palabras clave:** cuidado personal; custodia legal; custodia compartida; interés superior del niño; derecho comparado; manutención; menor de edad.

---

<sup>1</sup> Artículo de revisión para optar a título de abogadas de la Universidad Católica Luis Amigó.

<sup>2</sup> Estudiante de Derecho. Correo: Liliana.barreraji@amigo.edu.co

<sup>3</sup> Estudiante de Derecho. Correo: manuela.pinedaja@amigo.edu.co

## **Abstract**

This study was developed with the objective of comparatively analyzing the way in which some legal systems in force in some Latin American countries (Mexico, Chile and Argentina) address the issue of shared custody. The methodology used for the development of the study was qualitative-documentary, which focused on the identification, interpretation and analysis of a set of 59 documents related to shared custody, including articles, theses and regulations. The results show that in Mexico, Chile and Argentina there are currently cases of shared custody, while in Colombia, although there are cases of shared custody, it is not fully regulated. In conclusion, in order to begin the incorporation of shared custody, it is important for the country to analyze the experiences that other countries have had with this model, specifically Argentina, where this is a figure that, in addition to being regulated, is mandatory.

**Key words:** personal care; legal custody; shared custody; best interest of the child; comparative law; child support; minor.

## **Introducción**

En términos generales, la custodia compartida, es aquella en donde ambos padres comparten los derechos físicos y legales de su hijo (Russell, 2018), es decir, ambos padres reciben la misma cantidad de tiempo para cuidar al niño, ambos toman decisiones respecto a la atención médica, la educación y otros asuntos de relevancia para el menor. Para Gutiérrez (2020), en Colombia “han existido varios intentos de legislar sobre el tema de custodia compartida, uno en el año 2008, otro en el 2011, y finalmente en el 2014, pero por diversos

motivos no se ha podido concluir con el tema” (p. 2), es decir, no hay regulación concreta sobre el tema.

Conceptualizar la custodia compartida en Colombia es complejo, ya que, como se indicó, no hay una ley que se refiera a la misma; sin embargo, en el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, se indica que el menor de edad tiene derecho a que sus padres asuman su custodia, pues de este modo, se está contribuyendo a su desarrollo integral.

De igual modo, al revisar el artículo 8 del Decreto 4840 de 2007 emitido por el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia (decreto presidencial), se identifica que la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los niños, niñas y adolescentes son asuntos de conciliación extrajudicial en materia de familia”, por lo tanto, en la Ley se habla de la obligación que tiene los padres no solo de ejercer custodia sino de velar por los cuidados personales del hijo o hijos que tengan en común.

Es importante aclarar que, la custodia no equivale a la patria potestad. Esta última es definida en el Código Civil como “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” (Artículo 288, Código Civil). Mientras que, la custodia es el cuidado permanente del menor de edad y su tenencia.

Ahora bien, al revisar la jurisprudencia, se encuentra que la sentencia 12085-2018, la Corte Suprema de Justicia, hace mención a la custodia compartida, señalando que:

La ausencia de una regulación expresa sobre la materia, no es impedimento para que en Colombia se admita el régimen de custodia compartida, pues es connatural a la progenitura responsable que los padres concurran a una satisfacción de las necesidades del menor, incluso afectivas, con el fin de dar prevalencia a sus derechos, los que, por demás, debe prevalecer sobre las motivaciones que estos abriguen para querer evitarlo, las cuales deben permanecer en el fuero de los ascendientes sin

transmitirse al infante, resaltando que ante situaciones de separación o divorcio, el vínculo filial se sobrepone al conyugal (Corte Suprema de Justicia, 2018).

Así pues, si ambos padres cuentan con las condiciones sociales, morales e incluso económicas que garanticen el cuidado personal de su hijo menor de edad, podría pensarse en la custodia compartida. Lo importante, en este caso, es que se desarrolle una reglamentación clara respecto al tema ya que no es clara la capacidad de decisión de cada padre, en tanto, pueden existir diversas formas de compartir la custodia legal. En algunos casos puede darse que ambos padres colaboren en todas las decisiones; en otros casos, las decisiones pueden ser tomadas cuando cada padre tenga la custodia física, por ejemplo, si una hija adolescente quiere comenzar con planificación familiar y está con uno de los padres, ese padre puede decidir si la lleva al médico o no.

De igual modo, la custodia compartida se podría dar en el caso en que los padres tomen decisiones importantes juntos pero cada uno toma decisiones pequeñas individualmente cuando tiene la custodia física del niño. Finalmente, otra opción es que cada padre tenga autoridad sobre ciertos tipos de decisiones, por ejemplo, la madre tiene autoridad para tomar decisiones sobre la escuela y el padre tiene autoridad para tomar decisiones sobre religión.

Surge entonces la inquietud respecto a la manera en la cual los distintos ordenamientos jurídicos de algunos países de Latinoamérica hacen un tratamiento de la figura de custodia compartida teniendo como base la prevalencia del interés superior de los menores de edad. Es por lo anterior que el presente estudio busca dar respuesta a la siguiente pregunta jurídica: ¿De qué manera se da la concesión de la custodia compartida, en igualdad de condiciones, del menor de edad en Latinoamérica, 2021?

Este estudio es pertinente desde un punto de vista teórico, en la medida que posibilita generar un aporte a la literatura académica respecto a tema, ya que son pocos los estudios

documentados que se hayan realizado a nivel Latinoamérica respecto a la custodia compartida. En esta misma línea, se indica que el estudio es relevante a nivel práctico, porque, a partir de sus resultados y de las conclusiones a las cuales se llegue pueden generarse las bases para desarrollos futuros e incluso el planteamiento de proyectos de ley en pro de reglamentar esta figura de custodia compartida.

Para el desarrollo de esta pretensión, en primer lugar, se realiza una definición de la custodia compartida de acuerdo a los ordenamientos jurídicos vigentes de Latinoamérica. En segundo lugar, se determinan las limitaciones y las fortalezas de la custodia compartida de acuerdo a las disposiciones jurídicas vigentes. En tercer lugar, se identifican los riesgos y beneficios que tiene el menor de edad a partir de la aplicación del principio de prevalencia del interés superior en los procesos de custodia compartida en Latinoamérica.

## **Metodología**

Esta investigación se desarrolla con base al paradigma de investigación cualitativo-documental. Para Botero (2003), este consiste en “la captación por parte del investigador de información, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo” (p.111). Bajo esta perspectiva, la investigación cualitativa - documental es un proceso constitutivo donde la interpretación posibilita a los investigadores llevar a cabo inferencias y relaciones dirigidas hacia la comprensión de un fenómeno específico que, en este caso, corresponde a la custodia compartida del menor de edad en Latinoamérica.

El enfoque cualitativo-documental permitirá la recopilación de datos a partir de la deconstrucción de ideas e inferencias de autores que han abordado el tema de la custodia compartida en Latinoamérica. Se trata entonces, de hacer un análisis de los textos y contextos

desarrollados de forma precedente por un conjunto de autores en materia y, a partir de allí, desarrollar nuevas perspectivas de investigación o fortalecer una teoría existente.

Por lo anterior, se indica que este estudio es de tipo descriptivo, en la medida que se busca hacer una interpretación de los documentos recolectados sin alterar deliberadamente su contenido, por el contrario, se trata de describir y llevar a análisis los postulados y teorías que los autores han plasmado en dichos documentos.

Cabe resaltar que, este estudio posee dos tipos de fuentes: primarias y secundarias. Dentro de las fuentes primarias se priorizan libros, artículos originales, normatividad. Dentro de las fuentes secundarias se incluyen artículos científicos y tesis de posgrado. Las bases de datos empleadas para hacer la búsqueda de antecedentes y proceder a la recolección de la información son principalmente: Scielo, Dialnet, Redalyc, Science Direct.

La mayoría de las fuentes empleadas en el estudio no superarán los 5 años de publicación, excepto algunos documentos precedentes con gran aporte al desarrollo del tema, esto con la finalidad de asegurar elementos como de actualidad y de calidad de las fuentes consultadas.

## **Desarrollo**

### ***Definición de la custodia compartida de acuerdo a los ordenamientos jurídicos vigentes de Latinoamérica.***

La custodia compartida se ha popularizado en diversos países ya que, Hayden (2011), indica que esta figura se encuentra en armonía con el interés superior del niño y con la visión de que el niño es una persona titular de derechos fundamentales (como es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad). Sin embargo, no hay una conceptualización homogénea frente

a la custodia compartida, lo que, en algunos casos puede influir en malinterpretaciones normativas, e incluso, puede condicionar el alcance de esta figura.

En palabras de Hayden (2011), la custodia compartida, suele confundirse con la responsabilidad parental. Estos dos elementos según Zabala (2019), no son iguales, aunque si complementarios. Ubach y Campano (2013), describen la responsabilidad parental como la colección de poderes y deberes sobre un niño y la propiedad del niño, conferidos por igual al padre y madre de dicho niño. Por tanto, esta responsabilidad atribuye a determinadas funciones estatutarias específicas, incluidos los deberes personales, como el deber de cuidar, mantener y educar a los niños.

La custodia compartida, por otro lado, es un acuerdo que otorga a ambos padres la custodia legal y física de su hijo. Esto significa que ambos padres deben aprobar todas las decisiones importantes que afectan la vida del niño (Crespo, 2022). En estos arreglos, según Ruiz y Alcázar (2017), el niño pasará una parte del tiempo viviendo con cada padre (custodia física) y los padres cooperarán para tomar decisiones sobre la crianza y el bienestar del niño, de manera similar a cuando estaban casados (custodia legal).

En palabras de Castellanos et, al (2011), también existen otros arreglos comunes de custodia compartida. Uno implica compartir la custodia legal pero no la custodia física. Esto significa que el niño vivirá exclusivamente con uno de los padres, pero ambos padres acuerdan cooperar para tomar decisiones clave sobre la crianza del niño.

Según Ochoa, A. Campos, N. Restrepo, V. (2020), también existen otras variaciones de la custodia compartida. Por ejemplo, a uno de los padres se le puede otorgar el derecho exclusivo de tomar decisiones sobre la educación del niño, aunque el niño viva con ambos padres en un horario alterno. En este caso, se comparte la custodia física, pero no las decisiones relacionadas con la educación del niño (un aspecto de la custodia legal).

Particularmente, en algunos ordenamientos de países como México, Chile, Argentina y Colombia, la custodia compartida se conceptualiza de la siguiente manera:

**Tabla 1.**

*Concepto de custodia compartida.*

<b>País</b>	<b>Concepto</b>
México	Los padres podrán establecer los términos de la guarda y custodia en caso de su separación y que quienes no tengan la custodia tendrán derecho de convivencia - Código Civil Federal
Chile	Tuición compartida significa que en el caso de la separación de los padres estos podrán tener el cuidado compartido de sus hijos, establecido de común acuerdo (Ley 20.680, Chile).
Argentina	La custodia no es potestad exclusiva del progenitor que tiene la tenencia o custodia, sino que, por ser un acto de suprema trascendencia para la vida del niño, deberá ser producto de una decisión conjunta de ambos progenitores, es decir, una custodia compartida (Equipo de Restitución Internacional, 2020)
Colombia	No hay un concepto concreto al respecto

Fuente: elaboración propia basada en revisión de la literatura.

Como logra identificarse, Chile es el país que posee un concepto concreto y alojado en su ordenamiento jurídico más concreto y orientado al significado de la custodia compartida. Seguido por Argentina, quien en su Código Civil y de Comercio (CCyC), establece algunos elementos que promueve este tipo de custodia. Finalmente, México

también establece la posibilidad de la custodia compartida. Caso contrario a Colombia, donde no hay regulación al respecto.

En el siguiente apartado se abordan algunas de las limitaciones y fortalezas de custodia compartida de acuerdo a las disposiciones jurídicas de los países objeto de estudio.

### ***Limitaciones y fortalezas de la custodia compartida de acuerdo a las disposiciones jurídicas vigentes de México, Chile, Argentina y Colombia***

A raíz de los crecientes casos de divorcios y separaciones, algunos juzgados de familia en diversos países de Latinoamérica han intentado optar por la figura de custodia compartida, bajo la pretensión de asegurar los derechos de los menores de edad y desarrollar un proceso equitativo en lo que respecta las funciones ejercidas por ambos padres en la crianza. Sin embargo, como lo plantea Cid de León (2018), esta modalidad no en todos los casos resulta conveniente.

Específicamente en México, la custodia compartida se trata de una modalidad en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, en donde el cuidado está dividido de acuerdo a las circunstancias particulares y compromisos convenidos por los padres. Esta modalidad no está contemplada de forma específica en el Código Civil Federal, éste no contempla dicha figura, sin embargo, en palabras de Cid de León (2018), dicha figura sí se encuentra en el Código de Ciudad de México y el Código Civil del estado de Puebla, en este último, se establece específicamente en el artículo 452:

En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 450 del presente Código, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos (Art. 452, CC estado de Puebla).

La custodia compartida en México legalmente se da desde dos perspectivas: la primera cuando los padres vivan en diferentes domicilios y trabajen en diferentes horarios, los menores de edad deben “rotar” de acuerdo a los horarios de sus padres sin que esto les impidan cumplir con sus compromisos académicos y horas de descanso. La segunda, cuando los padres deciden que los hijos vivan un día, o una semana, mes o año con el padre y el otro con la madre.

Sin embargo, como lo indica Barcia (2019), en la normatividad mexicana se identifican diversos vacíos respecto al cuidado personal de los menores de edad compartido de común acuerdo. Así mismo, Pérez (2019), expresa que, si bien para determinar la viabilidad de este tipo de custodia se acude a herramientas socio-jurídicas como la mediación, conciliación y justicia restaurativa, aun no es claro el proceso, ni las bases normativas.

En Chile, la custodia es denominada como “Tuición”. En este país hay una reglamentación más clara frente a esta práctica, definida como “régimen donde el cuidado personal de los hijos está a cargo tanto de la madre como el padre. Ambos tienen los mismos derechos de participar en forma activa y equitativa en el cuidado, crianza y educación de sus hijos” (Divorcio Chile, 2022).

En Chile las herramientas socio-jurídicas empleadas para otorgar la tuición compartida es el acuerdo escrito, la mediación y la demanda. El acuerdo expresa la voluntad entre las dos partes respecto a los términos y condiciones de la tuición compartida. La mediación, se desarrolla cuando el padre y la madre se sientan junto con un tercero (mediador) a negociar los términos de la tuición compartida. La demanda, se da cuando ninguno de los dos anteriores puntos se desarrolla, en estos casos el juez revisará los antecedentes y argumentos y podrá aprobar o rechazar la petición.

Contrario al caso de México, en Chile hay una regulación integral de la tuición compartida, la cual se expresa a través de la Ley N° 20.680 o “Ley Amor de Padre”, cuyo

objetivo primigenio es “equilibrar la posición de padres y madres que viven separados respecto a los hijos en lo que dice relación al cuidado personal, régimen de relación directa y regular (visitas) y patria potestad” (p.1).

En palabras de Acuña (2013), si bien la tuición compartida es una “figura novedosa que puede transformar positivamente los tradicionales esquemas de las relaciones personales paterno-filiales en vida separada de los progenitores” (p.21), no escapa de algunos inconvenientes, los cuales se derivan de la corresponsabilidad parental. De acuerdo con el autor, la corresponsabilidad parental promueve nuevos roles de los padres, algunos intereses de los hijos requieren de soluciones individualizadas, las cuales en ciertos casos no se logran a partir de acuerdos entre padres. Por fortuna, dentro de la normatividad de Chile existe normatividad frente al caso, la cual dota al juez de las capacidades de decisión frente a casos específicos.

Barcia (2013), manifiesta que en el año 2014 Argentina adoptó su ley parental, la cual estuvo basada en el sistema parental italiano. A partir de esta normatividad se consagra la responsabilidad parental conjunta (Artículo 641.b del Código Civil y Comercial- CC argentino) y, en el caso de padres separados indica: “cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos” (Art. 649 CC. Argentino).

Al revisar la normatividad de Argentina, se identifica que, a diferencia de México y Chile que contemplan la custodia compartida solo como una opción, en Argentina esta modalidad tiene preferencia legal y está reglamentada como tal, en el artículo 650 del CC y C, se establece:

El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto” (art. 650 Código Civil y Comercial). Estos tipos se diferencian en que “en el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y las

posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

En este caso los dos padres deben firmar un documento legal llamado “Plan de parentalidad” (Art. 655 de CC y C), en el cual indican estar de acuerdo frente al tiempo y lugar en donde el menor de edad estará con cada uno de ellos y las responsabilidades de cada progenitor. En caso de que se presenten problemas referidos al acuerdo será un juez quien fije el régimen aplicable según el caso y, como primera medida deberá aplicar la custodia compartida bajo la modalidad indistinta.

Ahora bien, al comparar la normatividad referida a la custodia compartida de México, Chile y Argentina, con la realidad percibida en Colombia frente al tema, se identifica un atraso representativo en este último país. Además de que no hay una clara reglamentación sobre la custodia compartida, según Castro (2015), en el ordenamiento colombiano no hay igual en el área de familia, aspecto que se agrava ya que, a nivel social la concepción de la custodia recae sobre el ideal de que es la mujer la responsable de criar a sus hijos y, el hombre de proveer el sustento económico. Lo anterior, da pie a diversas discusiones relacionadas con la asimetría de género a la hora de asumir la custodia de los hijos tras la separación de pareja (Fariña, et. al, 2017), fenómeno que no solo afecta a los padres de familia, sino al menor de edad.

Como no hay una reglamentación clara frente a la custodia compartida en Colombia, los controles relativos al ejercicio arbitrario de la custodia también son inexistentes. De acuerdo con Castro (2019), por ejemplo, cuando uno de los padres no respeta acuerdos del régimen de visitas y sustrae a un menor de edad de la casa de su otro progenitor, esta conducta a pesar de ser reprochable no se equipara a que el padre arrebathe, retenga u oculte a uno de sus hijos para privar al otro padre de la custodia y menos aún que esta conducta deba criminalizarse. En este punto, pese a que hay una grave transgresión de los derechos de los

menores de edad, se recomiendan medios de control poco gravosos como la tutela. Bajo esta perspectiva, de forma indirecta en Colombia la práctica inadecuada descrita se legitima y no se criminaliza en primera ratio pues se relaciona con la modalidad de custodia compartida.

Otra problemática latente en Colombia frente a la custodia compartida es que, pese a que los padres puedan llegar a conciliaciones respecto al tiempo y lugar de permanencia de un menor de edad en sus respectivos domicilios, además, las responsabilidades de cada uno, según Castillo (2015), aún hay un direccionamiento basado en una ideología sociocultural en donde el cuidado personal de los menores es un asunto sólo de mujeres, lo que provoca que rara vez haya un verdadero equilibrio y reciprocidad en deberes y obligaciones.

Jiménez (2020), indica que mientras en México, Argentina, Chile existe la custodia compartida, “en Colombia, se han formulado proyectos de ley, pero el desarrollo y aplicación ha sido por vía de acción de tutela y en algunos juzgados de familia se viene accediendo a este régimen cuando el juez lo ha estimado conveniente para el menor” (p.39). Lo que deja al país en una evidente desventaja.

Ahora bien, en Colombia la Corte Constitucional se ha pronunciado en algunas ocasiones frente al tema de la Custodia Compartida. Particularmente en el año 2018, la Corte a través de la Sentencia T-384 de 2018, concluyó que debe protegerse a la familia, lo cual es posible si se salvaguarda el amor paterno-filial en los diferentes ciclos de la vida de los hijos. Bajo esta perspectiva, se debe garantizar que los niños adquieran estabilidad familiar pese a que sus padres hayan tenido rupturas civiles por divorcio o separación.

De igual modo, en la Sentencia C-683 de 2015, se indica la importancia de que ambos padres traten de mantener la solidez de la familia para garantizar el desarrollo armónico e integral de los hijos, teniendo en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas del interés superior del menor. Esta visión es compartida por el Código de Infancia y la Adolescencia que establece a favor de los niños el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

Señala así, que los menores de edad tienen derecho a crecer en el seno de una familia, en términos de armonía y bienestar.

En la sentencia C-239 de 2014, la Corte Constitucional explica que “la custodia puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social e institucional, o a sus representantes legales”. Sin embargo, no deja de ser una conciliación y acuerdo de voluntades. Es decir, no hay reglamentación que acoja este pronunciamiento de la Alta Corte.

### ***Riesgos y beneficios para el menor de edad ligados a la concesión de la custodia compartida en Latinoamérica***

El principio del "interés superior del niño" se aplica en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y establece que "**en todas las acciones** relativas a los niños, ya sean realizadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunal de justicia, autoridades administrativas u órganos legislativos, el interés superior del niño **será una consideración primordial** " (Weihrauch, 2021, p.1).

Ahora bien, el término “en todas las acciones”, incluye todas las decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y otras medidas, incluidas la inacción y las omisiones (Comité de los Derechos del Niño, 2013). Este término indica que en situaciones que involucran o conciernen a niños no existen limitaciones a la aplicación del principio del interés superior del niño (Tobin, 2019).

Por su parte, la palabra “será”, es identificada por el Comité de los Derechos del Niño, como un axioma que implica fuertes obligaciones legales para los Estados y, por lo tanto, no

otorga ninguna discreción y flexibilidad en cuanto al principio de "el interés superior del niño" (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Así mismo, el término "consideración primordial", indica que el interés superior del niño prevé una protección especial de los niños en cualquier contexto y reconoce su vulnerabilidad única (Kilkelly et al, 2019). El principio es de carácter inderogable, lo que significa que no admite limitaciones ni siquiera en situaciones de emergencia (Comité de los Derechos del Niño, 1992).

Así pues, en Colombia, el interés superior del niño se aplica desde un enfoque tripartito, porque se desarrolla como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una regla de procedimiento.

De acuerdo con Weihrauch (2021), el principio como derecho sustantivo obliga a al Estado a considerar el interés superior del niño, como consideración primordial aun cuando se consideren intereses diferentes; por tanto, el derecho se debe implementar siempre que una decisión no afecte a un niño.

Por otra parte, el interés superior del niño como principio jurídico interpretativo fundamental, requiere que "si una disposición jurídica está abierta a más de una interpretación, se debe elegir la interpretación que sirva más eficazmente al interés superior del niño" (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Finalmente, respecto al interés superior del niño como "regla de procedimiento", esta sirve para evaluar el posible impacto (positivo y negativo) de una decisión jurídica. En este caso, el Estado debe rendir cuentas, ya que está obligado a fundamentar y probar la consideración explícita del "interés superior del niño" y cómo se ha respetado en cualquier decisión relativa a los niños.

Cabe resaltar que, la evaluación del "interés superior del niño" se debe considerar la visión del niño, la identidad, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud, el derecho a

la educación, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones. Esta es una lista no exhaustiva de consideraciones, ya que el principio es flexible por naturaleza y requiere que el estado colombiano evalúe las consideraciones necesarias de acuerdo con el contexto y las condiciones conjuntas de los menores de edad (Tobin, 2019).

Una vez se dio contexto y se profundizó en la relevancia del interés superior del niño, puede indicarse que la custodia compartida en términos generales genera beneficios y permite una garantía a los derechos inalienables de los niños, niñas y adolescentes. En palabras de Cabrera, Satizabal y Vargas (2016), la custodia compartida además de favorecer la corresponsabilidad parental, posibilita una crianza con autoridad compartida, y sin anulación de alguno de los padres, lo que puede fortalecer el desarrollo socioemocional de los menores de edad.

Ligado a lo anterior, Corzo (2022), explica que este tipo de custodia puede proteger a los menores de edad frente al riesgo de alienación parental. Por su parte, Dobrita (2019), manifiesta que este tipo de custodia también permite disminuir los riesgos frente al ejercicio arbitrario de la custodia y del cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes-NNA.

Por el contrario, cuando no hay un acuerdo armónico e integral respecto a la custodia, los NNA pueden llegar a desarrollar problemas emocionales, dificultades escolares, desarrollo de psicopatologías como la depresión y la ansiedad, y, en general, se les es imposible cubrir sus demandas afectivas y formativas. No obstante, es importante manifestar que no en todos los casos es conveniente la custodia compartida, debido a que no todos los padres tienen la capacidad emocional, económica y física para cuidar de forma integral a sus hijos y garantizar su seguridad mientras tengan su custodia.

Otro elemento a tener en cuenta, según Díaz (2019), es el rol participativo del niño, niña y adolescente en el proceso de custodia compartida. Según el autor, el juez, además de considerar aspectos como la capacidad y voluntad de los titulares de la patria potestad para

cooperar con entre sí en asuntos relacionados con el niño; así como su situación personal, o la distancia entre las residencias de los padres; el juez debe tener en cuenta elementos como la edad y opinión del niño, pues ellos tienen voz y voto respecto al lugar donde se sienten seguros, en confianza y con bienestar.

## **Conclusiones**

Tras el desarrollo de esta investigación, puede concluirse que la viabilidad en la implementación de la custodia compartida en Colombia depende de la reglamentación de la misma, ya que, como se logró identificar a lo largo del estudio, en la actualidad no existe una normatividad o pronunciamientos constitucionales claros al respecto. Si bien, este hecho no significa que no se haya presentado ninguna iniciativa legislativa a tal fin, si es una situación que deja al país en una posición de desventaja y atraso, respecto a Estados que han considerado este tipo de custodia y la consideran como fundamental para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de padres separados o divorciados.

Otra de las conclusiones es que, en Colombia la custodia compartida se ha mencionado, por ejemplo, en la sentencia 12085-2018 de la Corte Suprema de Justicia, pero, particularmente ha sido citada por la ausencia de una herramienta que permita determinar la forma en la cual este tipo de custodia puede darse, además, establecer los componentes, tipos, causas, entre otros aspectos que la legitimen, teniendo como base primigenia el reconocimiento de la prevalencia del interés superior de los menores de edad.

Uno de los retos que se desligan de la custodia compartida en Colombia es establecer los criterios para hacer que dicha custodia sea equitativa y contribuya a que ambos padres ejerzan sus funciones y obligaciones como derechos paterno y materno filiales, teniendo como base la garantía del desarrollo integral de los menores de edad y la salvaguarda de sus

derechos. Dentro de estos criterios no solo deben incluirse aquellos que se relacionan con el bienestar físico de los niños, niñas y adolescente, sino con su bienestar emocional y su salud mental.

Para comenzar la incorporación de la custodia compartida, es importante que el país analice las experiencias que otros países han tenido con este modelo, tal es el caso de Chile en donde este tipo de custodia posibilita una crianza, cuidado y educación efectiva del menor de edad dándole la oportunidad a este último y a sus padres (vínculos naturales o jurídicos) que se vinculen desde condiciones de igualdad.

Con relación a los riesgos y beneficios para el menor de edad ligados a la concesión de la custodia compartida, se identifica que estos elementos están directamente relacionados con el respaldo que el Estado colombiano a través de la Corte Constitucional y la Constitución Política les otorgue. Así pues, toda decisión tomada en el marco de la custodia compartida debe estar respaldada por normas claras basadas en el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos; además, normas que permitan establecer sanciones y demás actuaciones en el caso que alguno de los padres por acción u omisión esté vulnerando, inobservando o transgrediendo los derechos de sus hijos.

Finalmente, la custodia compartida en Colombia también puede ser entendida como el punto de partida de nuevas discusiones frente a la participación paterna en la crianza de los hijos. Lo anterior puede constituirse como un elemento clave de la equidad de género en el país.

### **Referencias bibliográficas**

Acosta, E. Cortés, E. (2017). El interés superior del niño y la custodia compartida. Recuperado de: <http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/24712/1/FJCS-DE-991.pdf>

- Acuña, M. (2013). El Principio De Corresponsabilidad Parental. Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, 20(2),21-59
- Alonso, Y. (2016). La custodia compartida como política pública en Colombia.
- Barcia, R. (2019). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (segunda parte). Boletín mexicano de derecho comparado, 52(154), 15-38
- Barcia, R. (2013) Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo. Bol. Mex. Der. Comp., Ciudad de México, v. 52, n. 154, p. 15-38
- Botero, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. Opinión Jurídica 2(4). 109-116
- Cabrera, J. Satizabal, J. Vargas, S. (2016). La custodia compartida en Colombia a partir de la constitución política de 1991 y el derecho comparado en España. Universidad Libre. Cali.
- Castillo, E. (2020). La custodia compartida en Colombia: Elementos fundantes de una nueva concepción. En: Actualidad jurídica iberoamericana, 13(). 382-409
- Castillo, E. (2020). La custodia compartida en Colombia: Elementos fundantes de una nueva concepción. En: Actualidad jurídica iberoamericana, 13(). 382-409
- Castillo, G. Gaviria, C. Esenhoer, C. Restrepo, O. (2011). Custodia compartida coloquio. Recuperado de:  
[https://repository.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/10906/5219/5/castellanos\\_custodia\\_coloquio\\_2006.pdf](https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/5219/5/castellanos_custodia_coloquio_2006.pdf)
- Castillo, J. (2015). Custodia compartida desde una perspectiva de género y la teoría de la protección integra. Uninorte.
- Castillo, J. Morales, H. (2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas. Revista de educación y humanismo. Vol. 15 Núm. 24.

Castro, A. (2017). La asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños adolescentes en Colombia, derechos y obligaciones de los padres

Castro, A. (2019). La asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños y adolescentes en Colombia, derechos y obligaciones de los padres. Recuperado de:  
<https://n9.cl/jab3j>

Cifuentes, R. (2011). Diseño de proyectos de investigación cualitativa. Recuperado de:  
<http://files.coordinacion-de-investigaciones.webnode.com.co/200000021-47c0549bf3/Enfoque%20de%20investigaci%C3%B3n.pdf>

Comité de los Derechos del Niño (2013), “Observaciones finales de Albania”. Recuperado de:  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3564.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. (18 de septiembre de 2018). Sentencia 12085. [M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo].

Corzo, S. (2022). 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.

Crespo, E. (2022). Guía sobre custodia compartida en caso de divorcio o separación: todo lo que debes saber. Recuperado de: <https://www.elenacrespolorenzo.com/es/custodia-compartida/>

Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma

Díaz, L. (2019). El rol participativo del niño, niña y adolescente dentro de la esfera institucional para su protección. Revista USC.

Dobrita, R. (2019). La guarda y custodia compartida en el código civil español. Nuevas tendencias jurisprudenciales. Universidad Politecnica de Valencia.

Duarte Gualdrón, R. (2015). Custodia compartida en Colombia, “Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado”.

- Duarte, R. (2015). Custodia compartida en Colombia “análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado”. Recuperado de <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/58685/RosarioDuarte.2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Esparza, C. (2014). La guarda compartida en el código civil español y en la ley autonómica valenciana. *Iuris tantum revista boliviana de derecho*, (17), 190-209
- Fariña, F. Seijo, D. Arce, R. Vázquez, M. (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27(),107-113
- García, V. (2018). Estudio Sobre La Custodia Compartida. Recuperado de. [https://www.uco.es/docencia\\_derecho/index.php/RJEUCO/article/viewFile/145/193](https://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/RJEUCO/article/viewFile/145/193)
- Goiriena , A. (202). La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. *Revista de derecho español*.
- Gómez, L. (2011). Un espacio para la investigación documental. *Revista Vanguardia Psicológica Clínica Teórica y Práctica- ISSN 2216-0701*
- Guamán, K. Hernández, E. Lloay, S. (2021). El proyecto de investigación: la metodología de la investigación científica o jurídica. *Conrado*, 17(81), 163-168
- Gutierrez, M. (202). La custodia compartida en la legislación colombiana, una figura controversia. UPB, Medellín.
- Gutiérrez, M. (2020). La custodia compartida en la legislación colombiana, una figura controversial. [tesis]. Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia.
- Ibarguen, J. (2012). Estudio de conciliación de custodia compartida en Colombia. Institución Universitaria de Envigado.
- Jiménez, V. (2020). La custodia y el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en Colombia. [Tesis]. Universidad de San Buenaventura.

- Justicia-Arráez, A., Justicia, M. D., Alba, G., & Arco, C. (2019). Custodia compartida: razonamientos judiciales y criterios psicológicos. *Revista Iberoamericana De Psicología*, 12(1), 7–18.
- Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. 8 de noviembre de 2006. DO. 46446.
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1),51-70.
- Marín, J. (2010). Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia. Recuperado de: <file:///D:/00%20Usuario/Downloads/1708-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5009-1-10-20130215.pdf>
- Martín, C. (2010). Criterios de atribución de la custodia compartida. *InDret* 3 (4).
- Martinez, D. et,al (2019). Viabilidad de la modalidad de la custodia compartida del modelo americano en el contexto de la familia colombiana. *Universidades Libre*.
- Martínez, D. Prieto, C. González, C. Ortiz, G. (2018). Viabilidad De La Modalidad De La Custodia Compartida Del Modelo Americano En El Contexto De La Familia Colombiana. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/10901/17673>.
- Mercado, m. (2018). La guarda y custodia compartida. EAFIT. Medellín.
- Ministerio del interior y de Justicia (17 de diciembre de 2007). Decreto 4840. DO: 46.846.
- Ochoa, A. Campos, N. Restrepo, V. (2020). Criterios para orientar los procesos de custodia compartida en la conciliación en Colombia. *Pontificia Universidad Javeriana*
- Pérez, M. (2019). Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas . *Boletín mexicano de derecho comparado*.
- Rangel, S. (2019). *La Custodia Compartida en Colombia*. [Tesis]. Universidad Santo Tomás.

- Rodríguez, S. (2015). La atribución de la guarday custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la sts núm. 679/2013, de 20 de noviembre(RJ 2013,7824). *Revista Boliviana de Derecho*, (19),562-575
- Rojas, J. (2018). Igualdad en los derechos de custodia de padre y madre sobre un menor de edad en Colombia: ¿Mito o realidad?.
- <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/24245/1/Articulo-2109218.pdf>
- Ruiz, R. Alcazar, R. (2017). Custodia compartida y familias negociadoras: perfil socio-demográfico. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, XXIII(3),28-38.
- Russell, N. (2018). ¿Qué es la “custodia compartida” y cómo se calcula? Recuperado de: <https://www.siskinds.com/shared-custody-calculated/>
- Seijo, Dolores, & Arce, Ramón, & Vázquez, Ma José, & Fariña, Francisca (2017). Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27( ),107-113.
- Silva, R. (2020). Fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir dela declaración universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño.
- Smaranda, A. (2019). La custodia compartida: análisis de la situación actual y su desarrollo jurisprudencial. [tesis de grado]. Universidad de Cantabria. España.
- Tantaleán, R. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*. 1-22.
- Tobin, J. (2019), La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: Comentario”, *Comentarios de Oxford sobre Derecho Internacional*, Capítulo 4, 7 y 13, *Autoridades Académicas de Oxford en Derecho Internacional (OSAIL)*.
- Torres, M. (2021). La custodia compartida y el derecho de las personas con discapacidad a formar una familia. *Dereito*. Vol. 30 Núm. 1. Comentarios y crónicas

Ubach, A. & Capano, A. (2013). Estilos parentales, parentalidad positiva y formación de padres. *Ciencias Psicológicas*, VII(1),83-95.

Villabella, C. (2015). Los métodos de la investigación jurídica. Recuperado de:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

Weihrauch, A. (2021). El principio del "interés superior del niño". Recuperado de:

<https://www.humanium.org/en/the-principle-of-the-best-interest-of-the-child/>