



Universidad del
Rosario

Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Asuntos integrales de Familia

**Evolución y Aplicación de la Custodia Compartida en Colombia: Un
Análisis Comparativo con España, Argentina y Francia**

Presentado por:
Luz Myriam Camacho Gallego

Nombre del director
Dr. Mateo Vargas Pinzón

Bogotá, D.C.
Octubre de 2025

Evolución y Aplicación de la Custodia Compartida en Colombia: Un Análisis

Comparativo con España, Argentina y Francia.

Índice de Contenido

Declaración de originalidad y autonomía	1
Resumen	1
Palabras clave.....	2
Introducción	3
La Custodia Compartida en Colombia — Definición y Principios rectores	6
Aspectos Generales sobre el Marco Jurídico de Protección Familiar de los Niños, Niñas y Adolescentes.....	6
Modalidades de Custodia en el derecho de familia en Colombia	8
Principios Rectores de la Figura de la Custodia en Colombia	16
Evolución Histórica y Legal de la Custodia Compartida en Colombia	20
Antecedentes históricos: Código Civil de Andrés Bello.....	20
Desarrollo Jurisprudencial de la Figura de la Custodia Compartida.....	25
Otras reformas legislativas relevantes en materia y su impacto.....	31
Sentencia T-255 de 2024 de la Corte Constitucional: Reflexiones Jurídicas	33
Inicio del caso: Contexto y antecedentes de la sentencia	33
Razonamiento detrás del fallo: Argumentación jurídica y respaldo normativo del fallo .	40
Argumentos Alternativos	51
Implicaciones de la Sentencia T-255/2024 para la custodia compartida en Colombia.....	52
La custodia compartida: Análisis de los modelos de Argentina, Francia y España	55
La Custodia compartida en España	56
La Custodia compartida en Argentina.....	62
La Custodia compartida en Francia.....	65
A manera de conclusión parcial	66
Conclusiones y Recomendaciones	67
Bibliografía	72

Declaración de originalidad y autonomía

Declaro bajo la gravedad del juramento, que he escrito el presente Proyecto Opción de Grado, en la propuesta de solución a una problemática en el campo de conocimientos del programa de Maestría por mi propia cuenta y que, por lo tanto, su contenido es original.

Declaro que he indicado clara y precisamente todas las fuentes directas e indirectas de información y que este proyecto no ha sido entregado a ninguna otra institución con fines de calificación o publicación.

Resumen

La figura de la custodia compartida en Colombia ha venido cobrando gran relevancia en la esfera del derecho de familia contemporáneo en los últimos años, en respuesta a la evolución de las estructuras familiares y a la consecuente necesidad de garantizar el principio del interés superior del menor y promover la corresponsabilidad parental. A nivel jurisprudencial, se ha venido avanzando en la consolidación de la custodia compartida como regla de aplicación preferente sobre las demás modalidades, tal y como se evidencia en la Sentencia T-255 de 2024 de la Corte Constitucional, objeto de estudio de este artículo. A nivel internacional, el panorama jurídico es similar: países como España, Francia y Argentina también han realizado avances significativos en materia. No obstante, persisten retos significativos en los ámbitos legal, judicial y social que inciden en la aplicación efectiva de

la custodia compartida y en la transformación de prácticas culturales tradicionales. En esta investigación, de enfoque cualitativo, se aborda la evolución normativa y jurisprudencial de la custodia compartida y se realiza un ejercicio de derecho comparado. Mediante el análisis juicioso de la normatividad vigente, la jurisprudencia relevante y los aportes de la doctrina especializada, se pretende identificar los aspectos más relevantes en materia, además de proponer recomendaciones que contribuyan a una implementación más efectiva de esta modalidad de custodia.

Palabras clave

Custodia compartida, Sentencia T-255 de 2024 de la Corte Constitucional, Interés superior del Menor de edad, Corresponsabilidad parental, custodia monoparental,

Abstract

The concept of shared custody in Colombia has gained significant relevance in the sphere of contemporary family law in recent years, in response to the evolving structure of family dynamics and the consequent need to uphold the principle of the best interests of the child and to promote parental co-responsibility. Jurisprudentially, there has been a gradual, albeit cautious, movement toward consolidating shared custody as the preferred default model over other custodial arrangements, as reflected in Constitutional Court Ruling T-255 of 2024, which is the focus of this study. At the international level, the legal landscape shows similar tendencies; countries such as Spain, France, and Argentina have also made significant progress in this area. However, considerable challenges remain in the legal, judicial, and social spheres, which continue to hinder the effective application of shared custody and the transformation of traditional cultural practices. This research, conducted from a qualitative

perspective, explores the normative and jurisprudential evolution of shared custody in Colombia and engages in a comparative legal analysis. Through a careful examination of current legislation, relevant case law, and contributions from specialized doctrine, the study aims to identify the most salient aspects of the subject and to propose recommendations that may contribute to a more effective implementation of this custodial model.

Keywords

Shared custody, Decision T-255 (2024) of the Colombian Constitutional Court, Best interests of the child, Parental co-responsibility, exclusive custody

Introducción

“La crianza compartida no es una competencia entre dos hogares. Es una colaboración entre padres que hacen lo mejor para sus hijos.”

Heather Hetchler

A nivel global, desde hace varios años se ha experimentado una profunda transformación en las dinámicas sociales y familiares. La típica estructura familiar conformada por ambos padres y sus hijos, ha dejado de ser el modelo predominante en la sociedad, para dar lugar a otras formas de organización familiar. Este nuevo paradigma también ha influido en la manera en que las personas ejercen su rol paternal, lo que se expresa en prácticas modernas de crianza y cuidado familiar.

Colombia no es ajena a esta transformación social, cuyos efectos, además, tienen incidencia en una profunda resignificación de las formas en que se comparte la parentalidad, promoviendo modelos más equitativos y en concordancia con el principio de la corresponsabilidad parental. Frente a este escenario se ha hecho indispensable adoptar un marco jurídico y normativo capaz de responder efectivamente a estas nuevas dinámicas familiares, garantizando la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

Es en este contexto que la figura de la custodia compartida, propia del derecho de familia, ha cobrado gran relevancia al ser considerada como una alternativa pertinente y alineada con el interés superior del menor de edad, tras la disolución del vínculo de pareja. Dada su creciente aplicación a escala global, tanto la sociedad como los operadores jurídicos, de manera progresiva, se han encaminado hacia la perspectiva de que la custodia compartida debe ser considerada como la regla general, mientras que las otras modalidades de custodia deben reservarse para casos excepcionales y justificados.

No obstante, en Colombia el desarrollo normativo en materia aún es incipiente, debido a que la dinámica propia del proceso legislativo impide una respuesta ágil de frente a los cambios sociales contemporáneos. En consecuencia, es a través del desarrollo jurisprudencial de los órganos de cierre de las jurisdicciones civil y constitucional que se han conseguido importantes avances en esta materia. Sentencias como la T-384 de 2018 y la T-255 de 2024, emitidas por la Corte Constitucional, han marcado un hito al respaldar la implementación de la custodia compartida como regla general. En estas dos decisiones judiciales se reconoce que, pese a la carencia de una regulación específica en materia, Colombia cuenta con un robusto marco constitucional, legal y convencional que habilitan esta modalidad como una figura jurídica válida.

A partir de lo previamente expuesto, resulta fundamental examinar cómo ha sido la evolución normativa y jurisprudencial de la custodia compartida en Colombia; además de realizar un ejercicio de derecho comparado, con la finalidad extraer aprendizajes de las experiencias en sistemas jurídicos como el español, francés y argentino; y así enriquecer y fortalecer el modelo colombiano.

Para este fin se han propuesto los siguiente ejes temáticos a ser desarrollados: En el primer capítulo se identificarán los principales aspectos sobre el marco jurídico y legal de protección a los niños, niñas y adolescentes en Colombia; en el segundo, se hará una revisión histórica de la figura de la custodia en el derecho colombiano, así como los avances jurisprudenciales encaminados al reconocimiento de la custodia compartida como opción preferente; en el tercero, se realizará un análisis jurídico de la Sentencia T-255 de 2024 de la Corte Constitucional, en tanto constituye un hito relevante en esta materia; en el cuarto, se abordara el tema desde el orden internacional, mediante la observación de las disposiciones normativas y pronunciamientos jurisprudenciales de Francia, España y Argentina. Finalmente, en el quinto acápite de este texto, se incluirán las conclusiones de este análisis, así como las recomendaciones orientadas a mejorar la aplicación de la custodia compartida en el contexto colombiano.

La Custodia Compartida en Colombia — Definición y Principios rectores

Aspectos Generales sobre el Marco Jurídico de Protección Familiar de los Niños, Niñas y Adolescentes

Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a crecer en un ambiente familiar que no solo les proporcione el sustento material, sino que además les rodee de afecto, protección y guía. Este derecho no solo les es exigible a sus progenitores, sino que también conmina a la sociedad y al Estado para su cumplimiento.

La salvaguarda de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es un principio de rango constitucional y es concordante con las obligaciones convencionales de índole internacional, especialmente las derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia el 22 de enero de 1991. El artículo 44 de la Constitución Política establece como un derecho fundamental y prevalente de los niños y los adolescentes, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.¹

Conforme al inciso 2 del artículo 44 de la Constitución Política, corresponde prioritariamente a la familia, y en su defecto a la sociedad y al Estado, la responsabilidad de procurar al menor de edad, como sujeto de derecho, un ambiente familiar en el que los

¹ El derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella, está consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia. De acuerdo con Sentencia T-384/18, proferida por la Corte Constitucional, este derecho, además de incluir la obligación de los padres con su sostenimiento y educación, también abarca dimensiones afectivas como la protección, la comunicación, el ejemplo y el amor. En esta misma decisión constitucional se reitera que los deberes de los padres no se ven restringidos o anulados por la ruptura del vínculo entre ellos. Así mismo, la Corte recordó que este derecho solo puede limitarse si la permanencia al interior del grupo familiar pone en riesgo el goce pleno de sus derechos. (Corte Constitucional, 2018)

cuidados y el amor se manifiesten en la consolidación de una dinámica doméstica en la que se promueva el desarrollo de sus potencialidades. Esa es la definición, en Colombia, del principio de corresponsabilidad e implica que la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no es responsabilidad exclusiva de la familia, sino que exige que la acción coordinada del Estado y la sociedad. Conviene agregar que, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución, los niños, las niñas y los adolescentes son titulares de derechos y merecen una protección reforzada “(...) [e]n razón de su condición de debilidad manifiesta, e incapacidad física y mental para llevar una vida totalmente independiente.”² (Corte Constitucional, 1992)

Para la Corte Constitucional (1992) en Sentencia T-523/92, la garantía de estos derechos obedece a la concepción solidarista de la unidad de familia, cuyos postulados se contraponen a aquellos que ostentan una naturaleza privatizada, propia de la concepción individualista. Sobre este principio de unidad, reformulando lo dicho por el Alto Tribunal Constitucional, se considera que bajo la concepción individualista se corre el riesgo de ocasionar perjuicio a los niños ante un posible desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los miembros de la unidad familiar. Por el contrario, en la percepción solidarista se reconoce que la protección de los sujetos más débiles de la unidad familiar requiere del esfuerzo mancomunado de los padres.³ (Corte Constitucional, 1992)

La protección de la institución de la familia no solo está relacionada con la naturaleza del vínculo entre la pareja, sino que se hace extensiva a aquellos miembros de la familia,

² Corte Constitucional. Sentencia T-402/92. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Junio 3 de 1992

³ Corte Constitucional. Sentencia T-523/92. MP. Ciro Angarita Barón. Septiembre 18 de 1992

como los hijos, que puedan ver comprometido su bienestar y desarrollo integral ante la disolución de esta. En Colombia se ha consolidado un marco jurídico y normativo orientado a la garantía de la estabilidad y la funcionalidad del núcleo familiar de los hijos menores de edad, ante una situación de separación de sus padres. Este opera mediante la adopción de un modelo de custodia que resguarde de manera efectiva los derechos de los niños, niñas y adolescentes y proporcione las condiciones que favorezcan su desarrollo.

Es en este contexto que la figura de la custodia compartida surge como una modalidad que busca el equilibrio en la participación de ambos progenitores en los cuidados personales de los hijos. No obstante, este análisis estaría incompleto si no se realiza una breve aproximación a otras modalidades de custodia.

Modalidades de Custodia en el derecho de familia en Colombia

En Colombia, el concepto de la custodia de los niños es una institución clave del Derecho de Familia, ya que regula quién se encarga del cuidado personal y la convivencia cotidiana de los hijos menores de edad ante una situación de separación de sus progenitores. En su naturaleza dual, otorga derechos y obligaciones a los hijos menores de edad y a sus padres.

Para la Corte Constitucional, en Sentencia T-384/18, las relaciones paterno-filiales deben estar fundamentadas en el principio de la progeneritura responsable, el cual tiene sustento en el inciso 7º del artículo 42 de la Constitución Política. De esta regla constitucional se desprende la responsabilidad ética, moral y jurídica de los ciudadanos de tomar la decisión

libre y consciente de procrear, determinar el número de hijos deseados y de asumir todas las obligaciones derivadas de esta decisión. Es claro que la responsabilidad de los padres va más allá del acto de la reproducción y abarca las funciones de guarda integral, crianza y educación hasta la mayoría de edad o hasta que se requiera⁴. (Corte Constitucional, 2018)

De esta misma decisión se desprende que la progenitura responsable está asociada directamente con la patria potestad y los derechos y deberes *personales* entre padres e hijos.

En primer lugar, es importante tener presente que la institución de la patria potestad confiere a los padres de los hijos no emancipados derechos y deberes orientados a garantizar su bienestar, procedentes preponderantemente sobre sus bienes. Es así que, en virtud de la potestad parental, los padres son los llamados a ejercer la representación legal del menor de edad, judicial y extrajudicialmente, y autorizar su salida del país. Así mismo, les corresponde la administración de algunos bienes y el goce legal del peculio adventicio ordinario del hijo de familia, en los términos del artículo 291 del Código Civil.

En segundo lugar, los derechos y deberes *personales* entre padres e hijos son todas las relaciones de tipo *personal* que atan a los progenitores con su descendencia. En su seno, desde luego, se ubica la figura de la custodia y toca directamente con otros derechos y obligaciones de tipo *personal*, como son la crianza, educación y formación. En este marco, conviene recordar que el hecho de que uno de los padres no tenga la custodia, no le priva del derecho a ejercer la patria potestad.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-384/18. MP. Cristina Pardo Schlesinger. Septiembre 20 de 2018

La normativa civil colombiana reconoce que la patria potestad y los derechos y deberes *personales* entre padres e hijos son instituciones distintas pero complementarias y, en razón a que abordan diferentes temáticas, el Legislador les ha otorgado un tratamiento normativo diferenciado. Así, la patria potestad, que se refiere al ámbito patrimonial, está regulada en el Título XIV del Código Civil; mientras que los derechos y deberes personales, que abarcan aspectos esenciales para la formación integral de los hijos, están desarrollados en el título XII.

En materia de custodia, de gran relevancia para este artículo, el ordenamiento jurídico ha reconocido dos modalidades principales: la custodia monoparental y la custodia compartida. De manera subsidiaria o rezagada se han reconocido otras modalidades de custodia. Para mayor comprensión, enseguida nos abocamos a las diversas modalidades conocidas en nuestro medio:

Para la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC 2717-2021, el término custodia monoparental hace referencia a la situación en la que los hijos menores de edad conviven de manera exclusiva y continuada con uno de sus progenitores, quien asume la responsabilidad cotidiana de atención y cuidados, ya sea de común acuerdo o en virtud de una decisión judicial. De acuerdo con este mismo fallo, la custodia monoparental esta intrínsecamente ligada al derecho de visitas. Así, el progenitor que ejerce la custodia tiene el deber de garantizar el desarrollo integral del menor de edad de forma permanente y diligente, mientras

que el progenitor que no tiene la custodia tiene la potestad-deber de sostener el vínculo padre-hijo mediante encuentros periódicos y significativos.⁵ (Corte Suprema de Justicia, 2021)

Al mismo tiempo, la custodia monoparental le exige al progenitor que no convive con el hijo el cumplimiento de la obligación de alimentos. De acuerdo con el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia, a los niños, las niñas y los adolescentes se les deben proporcionar los recursos necesarios para su desarrollo integral. Es así que el concepto de alimentos llega a abarcar “(...) todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes.”(Ley 1098 de 2006, 2006)

La Corte Constitucional, en Sentencia C-727/15⁶, ha establecido que la obligación alimentaria está enmarcada en el principio de la solidaridad familiar. Así mismo, requiere de la concurrencia de dos condiciones, a saber: (i) la necesidad del beneficiario y (ii) la capacidad del obligado, sin que a este último se le imponga una carga que vulnere su propia existencia. Para su garantía, el sistema normativo y jurídico ha previsto herramientas legales que permiten exigir su cumplimiento. (Corte Constitucional, 2015)

Así mismo, en la práctica, ante una situación de ruptura de pareja se ha contemplado la aplicación de la figura de la custodia compartida como una alternativa que favorece los intereses del menor de edad sin detrimento de la voluntad propia de los padres de finalizar su

⁵ Corte Suprema de Justicia. STC 2717-2021. MP. Luis Armando Tolosa Villabona. Marzo 18 de 2021

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-727/15. MP. Myriam Ávila Roldán. Noviembre 25 de 2015.

vínculo afectivo como pareja. El régimen de custodia compartida se ha venido incorporando progresivamente en la práctica jurídica colombiana, en concordancia con la evolución de los modelos familiares y los cambios en la estructura y estabilidad de las familias, que repercuten en el aumento sostenido de las separaciones de pareja y la creciente necesidad de ejercer la crianza compartida en hogares distintos. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) (2019), la definió como la

“(…) herramienta jurídica que permite la realización efectiva del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y del derecho a tener una familia y no ser separado de ella en el caso de los padres que se encuentran separados por diversos motivos y no conviven en la misma residencia, (…).” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2019)

Pese a que en Colombia no se ha elaborado una regulación expresa sobre este tema en particular, su aplicación se ha venido adoptando como una práctica recurrente como modo de resolución de conflictos en casos de separación parental. De conformidad con lo indicado por la Corte Constitucional (2018), la figura de la custodia compartida como institución jurídica está respaldada por los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 5, 42, 44 de la Carta Magna, por las disposiciones convencionales que han sido incorporadas al régimen nacional en virtud del artículo 93, *ibidem*, como la Convención de los Derechos del Niño, y por otras disposiciones del orden legal. (Corte Constitucional, 2018)

Dentro de los preceptos del orden legal, es dado traer a colación lo dispuesto en el artículo 253 del Código Civil, que indica que el deber de cuidado personal, crianza y

educación de los hijos recae sobre ambos padres y solo contempla que recaiga en uno solo de los padres si el otro ha fallecido.

De acuerdo con Parra Benítez (2017), otras fuentes normativas que dan sustento legal a la custodia compartida se encuentran en dos instrumentos regulatorios diferenciados. (Parra Benítez, 2017) En primer lugar, el tratadista se refiere al texto incluido en el numeral 5 del artículo 598 del Código General del Proceso, en el que se otorga la potestad al juez de disponer de la entrega de un menor de edad a uno o a los dos progenitores, como una medida cautelar en el marco de un proceso de familia. Y, en segundo lugar, acude a lo dictaminado en el primer párrafo del artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que establece literalmente que “(...) [l]os 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.” (Ley 1098 de 2006, 2006)

Cabe señalar que, además de estas dos principales modalidades de custodia en el ámbito del derecho colombiano, se han contemplado otras modalidades de custodia, cuya aplicación obedece a circunstancias de carácter excepcional.

La primera de estas modalidades, de acuerdo con Torrado (2020), hace referencia a una figura inusual en nuestro ordenamiento jurídico, pero que ha sido aplicada en el derecho anglosajón y en la jurisdicción europea: la denominada “custodia tipo nido de pájaro”. Bajo esta modalidad de custodia compartida, los hijos menores de edad permanecen de manera estable en una residencia fija, mientras que los padres los acompañan en esta por turnos. Con esta fórmula se prioriza la estabilidad de los menores de edad y se traslada a los adultos la

carga del movimiento constante entre hogares. Su aplicación impone varios retos económicos y logísticos a los padres. (Torrado, 2020)

Las distintas modalidades adicionales se ponen en marcha cuando las condiciones familiares no son aptas para la permanencia del menor con sus padres.

La custodia ejercida por un tercero se refiere a la situación en la que, en virtud de la salvaguarda del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, el juez otorga la custodia de los niños a una persona diferente a sus padres, ante la inhabilidad física o moral de estos. Para la Corte Constitucional, en Sentencia T-028/23, “(...) cuando la custodia es entregada a una persona distinta a los padres, es deber de quien la asume proporcionarle al menor todas las garantías necesarias para su desarrollo y crecimiento integral.”⁷ (Corte Constitucional, 2023)

Esta modalidad tiene sustento legal en el artículo 254 del Código Civil que establece la competencia como criterio de elección de los custodios, al tiempo como le da preferencia a una persona con un vínculo consanguíneo más directo. Así mismo, la custodia en cabeza de un tercero está consignada en el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, cuerpo normativo que también desarrolla el proceso administrativo de restablecimiento de derechos que le da la potestad de tomar esta decisión a las autoridades administrativas, en los artículos 53 y concordantes.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2023. MP José Fernando Reyes Cuartas. Febrero 15 de 2023

A su turno, el Código de la Infancia y la Adolescencia incluye como medidas provisionales excepcionales para los casos en los que no se pueda garantizar su cuidado por parte de alguien del entorno familiar, la ubicación de los niños, niñas y adolescentes en instituciones avaladas por el Estado.

En el artículo 57 de la citada ley se establece que la ubicación en hogar de paso es de carácter inmediato y transitorio. De acuerdo con Pabón Parra (2018), el hogar de paso se constituye como un servicio público prestado por una persona natural o jurídica, autorizada y subsidiada por el Estado, que se encarga de brindar protección integral de los derechos del menor de edad cuando estos se ven amenazados o vulnerados. (Pabón Parra, 2018)

Ahora bien, bajo un enfoque de tutela al menor de edad semejante al anterior, el artículo 59 del mismo compendio normativo dispone que el niño, la niña o el adolescente puede ser ubicado en un hogar sustituto en el que debe recibir el cuidado necesario, por un término no mayor a 6 meses, prorrogables por un término no mayor al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Como un balance provisional, es posible aseverar que el régimen de custodia adoptado debe garantizar el entorno más favorable para el desarrollo integral del menor de edad, además de responder al principio del interés superior del niño y al de corresponsabilidad parental, que serán tratados a continuación.

Principios Rectores de la Figura de la Custodia en Colombia

La custodia, como institución jurídica del Derecho de Familia, está regida por un conjunto de principios rectores orientados a la protección integral de niños, niñas y adolescentes. Estos principios se derivan de los postulados de la Constitución Política y de instrumentos normativos de índole internacional.

Resulta pertinente recordar que el *principio de la progenitura responsable*, abordado previamente, se refiere a que la paternidad responsable no se reduce al acto biológico de la concepción, sino que se proyecta como una función social y ética que conlleva los deberes de crianza, cuidado, formación y manutención de los hijos, hasta el momento en que estos estén en capacidad de desenvolverse de manera independiente.

Dentro del marco normativo aplicable, es de destacar el *principio del interés superior de los niños*, que se configura como el estándar aplicable a cualquier actuación jurídica, ética o legal en la que los niños, niñas y adolescentes se vean involucrados. Conforme a este principio rector, se debe priorizar su bienestar integral y “(...) su interés superior debe ser la consideración primordial en orden a la evaluación y ponderación de distintos intereses que pueden entrar en conflicto.” (Pabón Parra, 2018)

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño (2013), el principio del interés superior del niño abarca tres aspectos interrelacionados. En primer lugar, se reconoce como un derecho sustantivo, al determinar que al tomar una decisión en la que se puedan afectar los derechos de un niño o un grupo de niños, su interés superior debe ser una consideración

primordial. En segundo lugar, se establece que es un principio jurídico interpretativo, que determina que ante una norma jurídica que admita más de una interpretación, se debe preferir aquella que proteja el interés superior del niño. Y, finalmente, se configura como una norma de procedimiento, que le impone a los jueces el deber de justificar que en la emisión de una decisión que afecta a un niño, ha tenido en cuenta el mejor interés. (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

Antes de continuar, es de gran relevancia señalar que este principio no puede considerarse como una regla abstracta aplicable de manera idéntica en todos los casos, sino que requiere de una interpretación diferenciada, en la que se atiendan las circunstancias concretas de cada niño.

Por esta razón, en este mismo documento el Comité ha estimado una serie de elementos que han de tenerse en cuenta para determinar cuál es el interés superior del niño, dentro de los que se pueden enumerar: a) La propia opinión del niño, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez; b) las características identitarias del niño, tales como el “(...) sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad” (Comité de los Derechos del Niño, 2013); c) Si es posible que haya preservación del entorno familiar y continuidad en sus relaciones afectivas, siempre que sea beneficioso y teniendo en cuenta que dentro de las relaciones familiares también es posible incluir a otras personas que hacen parte de su familia ampliada y de su entorno general, pero que son de gran importancia en el desarrollo del niño, así como sus abuelos, tíos, vecinos y compañeros de escuela; d) El cuidado, protección y seguridad del niño; e) Si se encuentra

inmerso en una situación de vulnerabilidad; y f) la garantía de los derechos a la salud y a la educación.

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes está consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y además ha sido incluido en el artículo 8 del Código de la Infancia y la adolescencia, en el que se reitera que es un deber imperativo de la sociedad en pleno con la garantía de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Ahora bien, el *principio de corresponsabilidad parental* nos remite a las disposiciones del artículo 42 de la Constitución Política y hace referencia a las obligaciones conjuntas y equitativas que tienen ambos padres, de manera exclusiva, de involucrarse activamente en la crianza y formación integral de los hijos, con independencia del vínculo afectivo o jurídico que exista entre ellos. De acuerdo con lo preceptuado por la Corte Constitucional en Sentencia T-384/18, ambos padres tienen;

“(…) (i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos; y, (iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos.⁸” (Corte Constitucional, 2018)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-384/18. MP. Cristina Pardo Schlesinger. Septiembre 20 de 2018

La corresponsabilidad parental, además, fomenta la noción de igualdad entre ambos géneros al otorgar los mismos derechos y deberes a ambos padres. En Colombia, los roles parentales han recibido la influencia de la estructura patriarcal tradicional profundamente arraigada en la sociedad. Mediante el desarrollo normativo y jurisprudencial de este principio se promueve la redistribución de las obligaciones y derechos entre los dos padres de manera equitativa. En este contexto, es de recordar que la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre este tema, tal como se evidencia en sentencia proferida por la Sala de Casación Civil el 18 de septiembre de 1990⁹, en la que, además de señalar que el escenario ideal es aquel en el que los padres de manera conjunta aúnan sus esfuerzos en pro de la formación integral de sus hijos, queda en evidencia la manera en que operan los estereotipos de género en la aplicación de justicia. Posteriormente, en un sentido similar, el Alto Tribunal, en sentencia STC-12085 de 2018¹⁰, indicó que el cese del vínculo afectivo no invalida la posibilidad de que los hijos menores gocen de las garantías que el principio de la corresponsabilidad parental les confiere. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

El **principio de corresponsabilidad en general** tiene una naturaleza más amplia, ya que hace extensiva a toda la sociedad y a los padres la obligación de promover el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes. Este principio tiene respaldo legal en el artículo 44 de la Constitución y en el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Para la Corte Constitucional, en Sentencia T-384/18, en virtud de estas disposiciones legales y constitucionales: “Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la

⁹ Corte Suprema de Justicia. Exp. 463454. MP. Rafael Romero Sierra. Septiembre 18 de 1990

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC-12085/18. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Septiembre 18 de 2018

sociedad, proteger a los menores [de edad] ante “*condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.*”¹¹ (Corte Constitucional, 2018)

Con el fin de continuar esta exploración, en el siguiente capítulo se abordará el tema de la evolución histórica y legal de la figura de la custodia compartida en Colombia y se analizarán las nuevas reformas legislativas y las decisiones judiciales más recientes.

Evolución Histórica y Legal de la Custodia Compartida en Colombia

Antecedentes históricos: Código Civil de Andrés Bello

El régimen de custodia en Colombia encuentra su regulación en una serie de disposiciones del orden normativo y jurisprudencial que tienen como punto central la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, siempre en atención a los principios de la prevalencia de sus derechos, el interés superior del menor de edad y la corresponsabilidad, todos ellos consagrados en instrumentos legales del orden internacional y nacional.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-384/18. MP. Cristina Pardo Schlesinger. Septiembre 20 de 2018

En desarrollo de lo indicado con anterioridad, el tratamiento constitucional de la custodia en Colombia tiene como base lo dispuesto en los artículos 5, 13, 42, 43 y 44 de la Constitución Política.

En primer lugar, desde un aspecto general, los artículos 5 y 13 reconocen el valor de la familia como institución básica de la sociedad y establecen la necesidad de brindar protección especial a aquellos que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, como es el caso de los menores de edad.

En segundo lugar, en un plano más concreto, el artículo 42 en sus incisos 6° y 7° determina la competencia del Legislador para regular la progeneración responsable y resalta la corresponsabilidad de los padres en la guarda y formación de los hijos que de manera libre elijan tener. El artículo 43 afirma la paridad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, determinante para la custodia. Finalmente, el artículo 44 establece los derechos de los niños, entre otros, el de tener una familia y no ser separado de ella, además del principio de prevalencia de sus derechos.

Ahora bien, desde el ámbito legal se reconoce el artículo 253 del Código Civil como la base normativa sobre la que se fundamenta la figura de la Custodia. Esta disposición se encuentra en el Título XII de este marco normativo que fue redactado originalmente por el ilustre tratadista venezolano Andrés Bello. De acuerdo con la Corte Constitucional en Sentencia C-451/16, bajo este Título XII se agrupan las normas correspondientes a los derechos y obligaciones existentes entre los padres y los hijos, que establecen las

regulaciones sobre la crianza y la educación, así como las relacionadas con la manutención, el régimen de visitas y la vigilancia y sanción de su conducta. (Corte Constitucional, 2016)

En su versión primigenia, la redacción textual de este artículo 253 era la siguiente: **“Crianza y Educación de los Hijos.** Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos **legítimos.**” (Ley 84 de 1873, 1873)

En cuanto al término “legítimos”, Suárez Franco (2017) ha afirmado que en el texto original del Código Civil se estableció un sistema de filiación dogmático y de gran complejidad en el que se reconocía una separación jurídica entre los hijos legítimos, fruto del matrimonio, y los hijos ilegítimos, estos últimos “ (...) distinguidos en tres clases: los hijos naturales, pertenecientes a un estado más favorable de los restantes; los simplemente ilegítimos, y los de dañado ayuntamiento, clasificados en adulterinos e incestuosos (...)” (Suárez Franco, 2017)

La Corte Constitucional, en Sentencia C-1026/04¹², declaró la inexecutable parcial del artículo, al considerar que la expresión “legítimos” establecía una discriminación basada en el origen familiar y en las consideraciones anacrónicas con las que se había redactado originalmente el Estatuto Civil. (Corte Constitucional, 2004)

¹² Corte Constitucional. Sentencia C- 1026/04. MP. Humberto Sierra Porto. Octubre 21 de 2004

Pues bien, corresponde ahora desglosar el artículo en tres aspectos claves para comprender su relevancia significativa. Veamos:

El primero tiene que ver con la frase “Toca de Consuno”, que pone énfasis en la manera conjunta en la que los padres deben participar de la crianza y educación de sus hijos y que es ilustrativa del principio de corresponsabilidad de los padres.

El segundo se relaciona con la expresión “(...) al padre o madre sobreviviente”, que dicta que en el caso de que uno de los padres haya fallecido, la responsabilidad recaerá en el padre que quede con vida.

Finalmente, en cuanto a la frase “(...) el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, esta alude a dos obligaciones diferenciadas del deber parental: (i) por una parte, sobre la educación de los hijos, Pabón Parra (2018) reconoce que “[l]a familia es la primera institución formadora tanto en el ámbito del conocimiento como en la transmisión de valores (...)” (Pabón Parra, 2018); y (ii) por la otra, en cuanto al cuidado personal, para Vargas Pinzón (2024) se ha suscitado una discusión jurídica alrededor de los conceptos de custodia y cuidado personal y su alcance preciso, dado que en varias providencias judiciales se perciben como equivalentes. (Vargas Pinzón, 2024)

Para este tratadista, la Corte Suprema de Justicia, originalmente, en pronunciamiento de 1987¹³, sustituyó la noción de custodia por la de cuidado personal, al afirmar que este se definía como:

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP. José Alejandro Bonivento. Marzo 10 de 1987.

“(…) el oficio o función, mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el filio, en el educando, en el incapaz de obrar y autorregular en forma independiente su comportamiento.” (Corte Suprema de Justicia, 1987)

Elementos conceptuales similares fueron recogidos en Sentencia T-262/22¹⁴, en la que la Corte Constitucional equiparó los dos conceptos bajo el manto de una sola definición, en la que, además, hizo énfasis en que son los padres quienes tienen la obligación de garantizar su prestación, con la posibilidad de hacerla extensiva a un tercero. (Corte Constitucional, 2022)

No obstante, Vargas Pinzón también trae a la discusión la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC 2717 de 2021, en la que el Alto Tribunal aclara que la custodia está directamente vinculada con el deber que tienen los padres de asumir el cuidado personal del menor de edad. A juicio del autor, en esta el Tribunal afirma sin ambigüedad que el cuidado personal está contenido dentro de la figura de la custodia. (Vargas Pinzón, 2024)

A partir de lo expuesto y en concordancia con lo analizado por el autor, hay que reconocer la evidente conexión entre los dos conceptos, al punto que puede considerarse válido su empleo como nociones equivalentes. No obstante, su alcance real está matizado por

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-262/22. MP José Fernando Reyes Cuartas. Julio 15 de 2022

factores como el de la cohabitación o el de la interacción cotidiana entre el menor y quien ejerce la custodia.

Aunque el artículo 253 del Código Civil fue inicialmente formulado en términos que pertenecen a una época pasada, su aplicación ha sido reinterpretada y ajustada a los nuevos estándares por medio del desarrollo de otras normas y de la jurisprudencia. En la redacción de esta disposición legal se evidencia que el deber de cuidados personales y educación pertenece a los dos padres, en línea con el principio de corresponsabilidad parental, fundamental en la implementación de la figura de la custodia compartida.

Desarrollo Jurisprudencial de la Figura de la Custodia Compartida

La dinámica social y familiar, en constante transformación, exige que se adopten soluciones jurídicas más flexibles y coherentes con la evolución de los modelos familiares, cada vez más diversos, con el fin de preservar la protección de los niños, niñas y adolescentes. Es así que, de manera gradual, se ha estructurado un desarrollo jurisprudencial sobre la custodia compartida en el que se han venido actualizando los criterios en materia, siempre orientados por el principio del interés superior del niño.

De acuerdo con Vargas Pinzón (2024), en la concepción histórica de la custodia y ante la ruptura del vínculo entre los padres, aquella solo podía establecerse en cabeza de uno de estos. En este contexto, el autor trae a colación el concepto de Juan Enrique Medina Pabón, en el que se refiere a la teoría de la indivisibilidad de los hijos, a partir de la cual se

consideraba que no era posible un modelo de crianza responsable compartida. (Vargas Pinzón, 2024)

Como un ejemplo de esta tendencia, es dado acudir a la Sentencia T-500/93¹⁵, en la que se advierte que la noción de crianza compartida ni siquiera hace parte del análisis jurídico y en la que la mayor interacción entre los hijos y el progenitor que no ostenta la custodia, está limitada al régimen de visitas. Para el Supremo Tribunal Constitucional, “(...) las visitas no son sólo un mecanismo para proteger al menor, sino que le permiten a cada uno de los padres, desarrollar y ejercer sus derechos, es decir, son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos.” (Corte Constitucional, 1993)

No obstante, este mismo Tribunal adoptó un criterio diferente en Sentencia C-239/14¹⁶ al reconocer la validez de la custodia compartida. En el texto de esta decisión, se precisó que en algunas situaciones es posible aplicar la figura de la custodia compartida por ambos padres y que en las otras la decisión versara sobre a quién le corresponde la custodia y el cuidado personal y quien estará bajo el régimen de visitas. (Corte Constitucional, 2014)

Para el año 2015, el ICBF emitió el concepto No. 94 en aras de resolver si es posible acceder a la custodia compartida de un hijo. En este, la Entidad dio un giro involutivo contrario a los avances de la jurisprudencia emitida tan solo un año antes al afirmar que, ante la falta de reglamentación sobre el tema de custodia compartida, la única alternativa para que

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-500/93. MP. Jorge Arango Mejía. Octubre 29 de 1993

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-239/14. MP. Mauricio González Cuervo. Abril 9 de 2014

ambos padres participaran de la crianza de sus hijos es la del establecimiento del régimen de visitas. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2015)

De manera posterior, la Corte Constitucional, en Sentencia C-569/16¹⁷, volvió a referirse sobre el particular para reiterar la viabilidad de que ambos padres ejerzan la custodia compartida, pero no como una opción preferente, sino como una alternativa subsidiaria cuando las circunstancias del caso lo justifiquen. (Corte Constitucional, 2016)

Hasta ese momento, en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional únicamente se había contemplado la custodia compartida de manera limitada. No obstante, como se observará a continuación, es en decisiones posteriores donde comienza a evidenciarse que la línea jurisprudencial se encamina hacia una tendencia más actualizada, en la cual se comienza a perfilar la aplicación de la figura de la custodia compartida como la regla general.

En el año 2018, con una diferencia de días, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional inclinaron la balanza hacia el reconocimiento de la custodia compartida como regla rectora.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia, en decisión STC 12085 del 18 de septiembre¹⁸, acudió a lo dictaminado en los artículos 14 y 23 de la Ley 1098 de 2006 — Código de la Infancia y la Adolescencia —, redactados en concordancia con el principio del

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-569/16. MP. Alejandro Linares Cantillo. Octubre 19 de 2016

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 12085/18. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Septiembre 18 de 2018

interés superior del menor de edad, para resaltar los elementos de permanencia y solidaridad como fundamento de la posibilidad de que ambos padres ejerzan la custodia de manera conjunta. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Para Castillo Yara (2020), hay dos criterios decisivos en las consideraciones de esta sentencia. Por una parte, el Alto Tribunal reitera que la inexistencia de la expresa regulación de este tema no es un límite para su aplicación, ya que esta figura puede ser la materialización de los principios de corresponsabilidad parental y del interés superior del menor de edad. Por la otra parte, al reconocer que los derechos de los niños, niñas y adolescentes trascienden de la noción formal y adquieren una dimensión sustancial que privilegia su eficacia, determina que es posible el fortalecimiento del vínculo familiar mediante una relación de afecto y apoyo con sus dos progenitores. (Castillo Yara, 2020)

En esta decisión, la Corte Suprema de Justicia además hace un ejercicio de derecho comparado y concluye con la premisa de que, ante una situación de ruptura entre los progenitores, debe prevalecer el vínculo filial por encima de sus decisiones individuales, siempre tratando de garantizarle a los menores de edad la posibilidad de crecer en un entorno de acompañamiento, afecto y orientación en el que participen ambos padres.

En segundo lugar, un par de días más tarde, la Corte Constitucional, en Sentencia T-384 de 2018¹⁹, optó por un enfoque similar al del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, en lo que concierne a la custodia compartida como regla preferente. La Corte

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-384/18. MP. Cristina Pardo Schlesinger. Septiembre 20 de 2018

acudió al compendio de las normas constitucionales, legales y convencionales no solo para considerar la pertinencia de la suscripción de acuerdos de custodia compartida entre los padres, en función de la satisfacción del interés superior de los hijos, sino también para precisar que esta puede ser propiciada por el juez, ya sea mediante la exhortación a los padres a que superen sus conflicto en pro del bienestar de sus hijos o ejerciendo su facultad discrecional para determinarla, atendiendo a la valoración de las pruebas y a la opinión los menores de edad.²⁰

De acuerdo con la Corte, la celebración de un acuerdo de custodia compartida o las decisiones que tome el juez al respecto deben estar soportadas en tres pilares esenciales: (i) el principio de corresponsabilidad parental, (ii) el de la igualdad entre los progenitores y (iii) el de coparentalidad, en garantía del interés superior del menor de edad.

Además de los preceptos constitucionales revisados en el acápite anterior, la Corte tuvo en cuenta fuentes convencionales tales como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1996, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, para establecer tres componentes imprescindibles de la figura de la custodia, que pueden sintetizarse así: (i) La

²⁰ De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1098/06, la opinión del menor de edad debe ser escuchada en decisiones que lo involucren, tal y como es el caso del tema de la custodia. Pese a que no es vinculante, el juez debe valorarla según criterios de edad y madurez siempre en función de su interés superior. La Corte Constitucional en Sentencia T-028/23, reiteró que la opinión libre y no condicionada del menor de edad, es un elemento relevante en las decisiones que lo afectan. Sin embargo, también consideró que este derecho no es absoluto, ya que depende del nivel de desarrollo del menor de edad. Pese a que se promueve que el menor de edad participe activamente, esto no le impone una obligación al juez, quien debe valorar cada caso de forma individual. (Corte Constitucional, 2023)

convivencia de los niños, niñas y adolescentes con ambos padres debe prevalecer, a menos que esto vaya en contra de su interés superior; (ii) Los menores de edad tienen el derecho a ser cuidados por ambos padres y a mantener una relación cercana con ellos; y (iii) Las medidas que se tomen deben estar orientadas a la preservación de un ambiente familiar armónico y comprensivo. (Corte Constitucional, 2018)

Así mismo, en cuanto al fundamento legal, la Corte en su pronunciamiento estudió el alcance del artículo 253 del Código Civil y de los artículos 10 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, correspondientes al principio de corresponsabilidad, a la responsabilidad parental y la custodia y el cuidado personal, respectivamente. Así, esta Corporación concluyó que ambos padres están llamados a asumir de manera conjunta el cuidado personal de sus hijos, lo que implica:

“i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos y (iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos”. (Corte Constitucional, 2018)

Queda claro que en la Sentencia T-384/18 la Corte Constitucional fijó una serie de criterios que empiezan a posicionar la custodia compartida como la regla general, condicionada a la evaluación de las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, en 2024, el Alto Tribunal, en sentencia T-255, aclaró de manera definitiva que la custodia

compartida es el criterio fundamental y de base, con lo cual se dejó a la custodia monoparental como regla residual o de carácter supletorio.

Dada la trascendencia de este fallo, que es el núcleo de este texto, se profundizará en su revisión en un capítulo siguiente. No obstante, antes de pasar a este tema, es menester abordar recientes reformas legislativas y su incidencia en la materia de la custodia compartida.

Otras reformas legislativas relevantes en materia y su impacto

Además de las regulaciones citadas previamente, el desarrollo de la custodia compartida ha sido influenciado por otras disposiciones normativas que han contribuido de manera significativa en su evolución y consolidación.

Es así que, mediante dos reformas casi continuas, se desarticuló el modelo tradicionalista del Código Civil, al permitir una visión igualitaria entre hombres y mujeres de frente a la dirección de la educación de los hijos. En el texto original del artículo 264 del Código Civil se estableció que estaba en cabeza del padre la potestad de dirigir la educación de los hijos y que la madre solo podía concurrir a esta por defecto. De manera posterior, mediante el Decreto 2820 de 1974 se estableció que esta dirección podía asignarse de manera conjunta a los cónyuges, discriminando a aquellos padres que no estaban casados. Finalmente, con la expedición del Decreto 772 de 1975 se indicó que los padres, sin necesidad de que medie vínculo conyugal entre ellos, “colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento.” (Decreto 772 de 1975, 1975)

Es posible considerar que con las reformas realizadas a este artículo se comenzaron a evidenciar los principios rectores de la custodia compartida. En primer lugar, con la frase “Los padres, de común acuerdo” se reconoce el rol igualitario de los padres, sin establecer superioridades en razón del género. En segundo lugar, en cuanto a la colaboración conjunta entre los padres, está alineado con el principio de corresponsabilidad parental.

Si bien estas disposiciones normativas datan de tiempo atrás, también son evidencia de cómo se han ido sentando las bases de un nuevo paradigma en constante construcción, tendiente a disminuir las inequidades entre hombres y mujeres de frente a los asuntos de custodia de sus hijos.

En principio, se alinean con lo establecido ulteriormente en los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, disposiciones que procuran generar las condiciones adecuadas para garantizar la igualdad material y efectiva entre hombres y mujeres. Y, posteriormente, a lo dispuesto en los artículos 12 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que se complementan en pro de la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de la aplicación de los principios de corresponsabilidad parental y del interés superior del menor. La aplicación coordinada de estas dos reglas jurídicas son determinantes para que en las decisiones sobre custodia se adopte la perspectiva de género.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia STC5347-2021²¹, reiteró que la implementación de la *perspectiva de género* en las decisiones de custodia es de obligatoria

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC-5347-2021. MP. Luis Armando Tolosa Villabona. Mayo 13 de 2021

observancia por parte del operador judicial, dada su naturaleza constitucional, legal y convencional. Y añade que:

“Esas brechas de desigualdad entre los sexos en el acceso a las oportunidades de desarrollo y las distintas violencias que padece la mujer en el seno familiar, no pueden ser inadvertidas por los funcionarios judiciales. Menos aún por los jueces de familia.”

(Corte Suprema de Justicia, 2021)

En este mismo contexto, en el mismo fallo la Corporación advierte sobre el impacto discriminatorio que ocasionan los estereotipos de género en la administración de justicia y en el bienestar de los menores de edad.

Con lo expuesto hasta ahora, es dado identificar los avances normativos y jurisprudenciales que han ido moldeando la figura de la custodia compartida y la aplicación de la perspectiva de género al interior del derecho de familia. Ahora es momento de continuar hacia el análisis del más reciente pronunciamiento en materia, que será abordado en el siguiente capítulo.

Sentencia T-255 de 2024 de la Corte Constitucional: Reflexiones Jurídicas

Inicio del caso: Contexto y antecedentes de la sentencia

De acuerdo con la evolución jurisprudencial sobre el tema de la custodia compartida, como parte esencial de este texto, es de gran relevancia realizar una exploración integral de

la Sentencia T-255 de 2024. Esta decisión proferida por la Corte Constitucional, además de ser reconocida como una de las más recientes en materia, es considerada como una mejora significativa en el tema, por cuanto determina que la implementación de la custodia compartida debe ser considerada como regla general.

Para una mejor comprensión de la Sentencia en estudio, es pertinente iniciar con análisis del contexto en el que la Corte Constitucional profiere su decisión.

La Sentencia T-255 fue emitida por la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, el 2 de julio de 2024, al resolver acción de tutela presentada en contra de una providencia judicial proferida por el Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla en el marco del proceso de referencia Exp. T-9.859.332, que otorgó la custodia monoparental de tres hijos menores de edad a su progenitor.

La accionante, progenitora de los menores de edad, interpuso el recurso de amparo en nombre propio y en representación de sus hijos, al considerar que sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a tener una familia y no ser separados de ella fueron vulnerados por el operador judicial del Circuito de Barranquilla.

Ahora bien, para efectos de una mejor apreciación, es imprescindible revisar los antecedentes en los que se originó esta controversia.

De acuerdo con la Sentencia T-255 de 2024²², Clarisa, ciudadana brasileña, y Augusto, colombo-paraguayo, contrajeron matrimonio en Brasil en 2013 y procrearon 3 hijos. Aunque en 2016 se mudaron a Barranquilla, Clarisa viajaba constantemente a Brasil, país al que seguía ligada tanto por sus vínculos familiares, como por la atención médica que su hijo mayor recibía ante su padecimiento de parálisis cerebral. Para el año 2020, Clarisa regresó a Brasil con su hijo mayor y allí se les unieron los otros dos menores de edad. Al inicio del año 2021, al terminar la temporada de vacaciones, Clarisa solicitó el divorcio a Augusto y le expresó su intención de permanecer en Brasil junto a sus hijos. Ante esta situación, Augusto solicitó la aplicación del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en la Haya en 1980, y la consiguiente restitución internacional de sus hijos menores de edad.

De forma casi simultánea, Clarisa y Augusto acudieron a la jurisdicción en sus respectivos domicilios. Por una parte, el Juzgado Primero de Familia de Río de Janeiro, al que acudió Clarisa, otorgó la custodia compartida a ambos padres e implementó un régimen de visitas y cuota de alimentos a cargo del padre. Por la otra, el Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla, en el que se adelantó el proceso incoado por Augusto, concedió la custodia monoparental a este y dejó en cabeza de la progenitora las obligaciones derivadas del régimen de visitas y de alimentos, en sentencia proferida el 5 de junio de 2023.

De acuerdo con esto, el Juzgado de Barranquilla destacó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar cuál de los padres era el más idóneo para ejercer la custodia,

²² Corte Constitucional. Sentencia T-255/2024. MP. Vladimir Fernández Andrade. Julio 2 de 2024

teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor de edad y las disposiciones normativas consignadas en el Código de Infancia y Adolescencia y la Convención sobre los Derechos del Niño. Para este fin, contrastó la demanda inicial con las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda, así:

1. Inexistencia de presupuestos legales y de hecho para decidir sobre la custodia de los menores.

La parte demandada cuestionó la competencia territorial del juzgado, ya que en ese momento se encontraban en Brasil. Sin embargo, en la demanda se allegaron los soportes que certificaban que los menores estaban vinculados a los sistemas de salud y educación en Colombia. Así mismo, existía material probatorio que demostraba la retención de los pasaportes de los menores de edad por parte de su madre.

2. Ausencia de idoneidad del padre, comportamiento negligente y peligroso para asumir el cuidado o hacerse cargo de forma personal y directa de los menores de edad.

Para este acápite, el Despacho acudió a las evaluaciones especializadas de una psicóloga y una trabajadora social, que ya hacían parte de las pruebas recopiladas en el proceso de restitución internacional de menores. Ambos dictámenes concluyeron que Augusto era un padre idóneo para ejercer el cuidado de sus hijos menores de edad, ya que estaba en capacidad de brindarles un entorno adecuado y estructurado apto para su desarrollo. Así mismo, en concordancia con el derecho de los niños a ser escuchados, el Juzgado entrevistó a dos de los menores, quienes expresaron el deseo de convivir con su padre.

3. Existencia de condiciones de favorabilidad e idoneidad manifiesta de la madre para hacerse cargo del cuidado personal de los hijos.

A fin de responder a esta excepción, el Despacho recurrió a la misma evaluación psicológica, en la que se señalaba que la relación de Clarisa con sus hijos era distante, apática y desinteresada. El informe además señalaba que la madre delegaba el cuidado de los niños en terceros, como la niñera. Para el Juzgado, Clarisa no garantizaba el ambiente más propicio para la crianza de los niños.

4. Mejores condiciones de vida y de atención en salud para los niños en Brasil y, especialmente, para el hijo mayor.

De acuerdo con el Juzgado de Barranquilla, no se encontró evidencia suficiente que demostrara que el acceso a los servicios médicos tuviera grandes diferencias entre los dos países. En Colombia, Augusto demostró la afiliación de sus hijos a la EPS y a medicina prepagada.

5. Importancia de garantizar el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella.

El Despacho señaló que los niños manifestaron su deseo de vivir en Barranquilla y desarrollar el régimen de visitas con su madre en Brasil. Para el Juzgado “(...) la idea de

familia de los menores [de edad] está estrechamente vinculada a Colombia y a la figura paterna.” (Corte Constitucional, 2024).

El 8 de agosto, Clarisa cuestiono la sentencia emitida y acudió al mecanismo de la acción de tutela, en el que señaló que la decisión judicial contenía inconsistencias jurídicas, como las siguientes:

En primer lugar, se refirió al *defecto factico*²³. Para la demandante, el Juez realizó una valoración deficiente de las pruebas, lo que repercutió en la acreditación de su idoneidad como madre. Clarisa alegó que, además de una interpretación sesgada de los informes de psicología y trabajo social, el Juzgado ignoró la evaluación del área de psiquiatría en la que se reportaba un diagnóstico favorable.

En segundo lugar, adujo la configuración de un *defecto sustantivo*, por dos vías distintas: (i) por una parte, en relación con las normas que regulan la custodia compartida, por la inobservancia del artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia, que regula la custodia y el cuidado personal; y, (ii) por la otra, por no tener en cuenta el precedente jurisprudencial en materia, compuesto por decisiones de gran relevancia emitidas tanto por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, además de la omisión en el cumplimiento de las normas relativas a la tasación de la obligación alimentaria.

²³ Los conceptos de *defecto fáctico*, *defecto sustantivo* y *violación directa de la Constitución* y *la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*, serán desarrollados con mayor profundidad más adelante en este mismo capítulo.

En último lugar, se pronunció sobre la *violación directa de la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*. La demandante argumentó que en la sentencia emitida por el Juzgado de Familia se vulneraron sus garantías constitucionales y las de sus hijos. De entrada, la demandante señaló que con el desconocimiento del precedente jurisprudencial se vieron menoscabados sus derechos al debido proceso (Art. 29) y a la igualdad (Art. 13). De igual manera, planteó la vulneración del derecho a la equidad en la relación entre hombres y mujeres (Art. 43) ante el posible sesgo de género que distorsiona el real alcance de la existencia de una red de apoyo en la idoneidad para ejercer su rol de madre. A esto también se añadió la omisión en la observancia del principio del interés superior del menor de edad (Art. 44). Finalmente, en relación con la discapacidad del hijo mayor, señaló que el Despacho no tuvo en consideración la protección especial a aquellos en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 13), ni la garantía de atención especializada (Art. 47). Por último, la demandante acudió a las siguientes disposiciones de la Convención Americana, ratificada por Colombia y Brasil: “(...) garantías judiciales (Art. 8), protección a la familia (Art. 17), derechos del niño (Art. 19), igualdad ante la Ley (Art. 24) y protección judicial (Art. 25).” (Corte Constitucional, 2024)

En el mes de septiembre de 2023, la Sala Quinta de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Barranquilla resolvió favorablemente la solicitud de amparo interpuesta por Clarisa. Para el Tribunal, el Juzgado incurrió en *defecto factico* al realizar un análisis inadecuado de las pruebas existentes e ignorar las presentadas por la madre. Así mismo, para esta autoridad judicial el régimen de visitas implementado no garantizaba que Clarisa compartiera tiempo con sus hijos.

Este fallo fue impugnado por Augusto, quien argumentó la suficiencia de las pruebas presentadas y la expresión de la voluntad de los hijos de residir junto a él.

En octubre de 2023, la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión del Tribunal y negó el amparo al considerar que la actuación del Juzgado obedeció a una valoración razonable del material probatorio.

En diciembre de 2023, Clarisa elevó petición de revisión del caso ante la Corte Constitucional y este fue seleccionado teniendo en cuenta criterios orientadores objetivos y subjetivos, tales como lo novedoso del asunto y la necesidad de aplicar el enfoque diferencial. Para ese momento, el proceso de restitución internacional de los menores no contaba con una resolución y ambos progenitores continuaban con sus argumentos, mientras los menores de edad permanecían en Brasil junto a su madre.

Razonamiento detrás del fallo: Argumentación jurídica y respaldo normativo del fallo

Mediante Sentencia C-590 de 2005²⁴, la Corte Constitucional configuró el marco jurídico que permite la procedencia excepcional del recurso de amparo contra providencias judiciales, en aquellos casos en los que se demuestre que una decisión judicial ha vulnerado derechos fundamentales. De esta manera, la acción de tutela opera como un mecanismo constitucional excepcional que protege a los ciudadanos ante los yerros de la justicia, a la vez que garantiza la supremacía de los preceptos constitucionales.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-590/2005. MP. Jaime Córdoba Triviño. Junio 8 de 2005

En esta decisión, el Tribunal estableció una serie de requisitos necesarios para la procedencia de la acción, a los que dividió en dos categorías: Los generales, relacionados con los aspectos formales, y los específicos, que corresponden a defectos sustanciales.

En la Sentencia en estudio, la Corte inicialmente verificó la legitimidad de las partes procesales, al considerar que Clarisa, en nombre propio y en representación de sus menores hijos, cumplía con los criterios de la legitimación activa y que la decisión tomada por el Juzgado de Barranquilla se ajustaba a la legitimación pasiva.

Como siguiente paso, corroboró que la acción incoada cumplía con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales establecidos en la Sentencia C-590 de 2005 y que se resumen así: que el caso sea de relevancia constitucional, que ya se haya dado el agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, la inmediatez, la identificación clara de los hechos que generaron la vulneración de los derechos y que no se ejerza sobre una sentencia de tutela. (Corte Constitucional, 2005)

Una vez verificado lo anterior, recordó que en Sentencia C-590 de 2005, esta misma Corporación determinó que, además de estos requisitos generales, debe concurrir alguno de los que ha señalado como causales especiales, dentro de los que se incluyen los defectos orgánicos, procedimentales, fácticos o sustantivos, así como el error inducido, la falta de una adecuada motivación, el desconocimiento del precedente judicial y la violación directa de la Constitución Política. (Corte Constitucional, 2005).

Posteriormente, la Corte Constitucional entró a resolver si en la sentencia cuestionada se incurrió en alguna de las causales especiales citadas en el párrafo anterior, específicamente aquellas argumentadas por la parte actora; es decir, el defecto fáctico, el defecto sustantivo y la violación de las disposiciones constitucionales y convencionales, además de los aspectos relacionados con el principio del interés superior del menor y de la jurisprudencia constitucional precedente.

Para este fin, el Supremo Tribunal Constitucional discriminó cada uno de los elementos previos y realizó la fundamentación jurídica y jurisprudencial, que se constituyen en la base de la decisión adoptada.

1. Defecto fáctico

De las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional en el cuerpo de esta decisión se desprende que el defecto factico está sustentado constitucionalmente en el derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 C.P.) y su configuración ha sido delineada por medio de la jurisprudencia. De acuerdo con la Sentencia SU-172/15²⁵, se considera que hay defecto factico en tres escenarios diferentes: a. Cuando se omiten pruebas pertinentes para la resolución del caso; b. Al momento en que estas se valoran arbitrariamente; y c. Cuando el acervo probatorio no es valorado de manera integral. (Corte Constitucional, 2015)

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-172/2015 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Abril 16 de 2015

Así mismo, el Supremo Tribunal en Sentencia T-267/13²⁶ ha sido enfático al afirmar que los principios de autonomía e independencia judicial de los jueces no son ilimitados y deben ser ejercidos con observancia de una posible vulneración a los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, 2013)

2. Defecto Sustantivo

La Corte Constitucional, en Sentencia SU-649/17²⁷, abordó las particularidades del defecto sustantivo como una de las causales específicas de la aplicabilidad del recurso de amparo contra decisiones judiciales. Para la Corte, el defecto sustantivo se configura en principio cuando la providencia judicial se basa en una norma inaplicable, ya sea porque esta ha sido derogada, no existe, es contraria a la Constitución o porque no es adecuada para el caso específico. También cuando la norma ha sido interpretada de manera errónea o no se han tenido en cuenta normas de índole superior o el precedente jurisprudencial. (Corte Constitucional, 2017)

3. Desconocimiento del precedente jurisprudencial

La Corte acudió a lo dictaminado en jurisprudencia previas, como en la Sentencia SU-380/21²⁸, en la que se define al precedente judicial como la “(...) sentencia previa relevante para la solución de un nuevo caso bajo examen judicial, debido a que contiene un

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-267/13 MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Mayo 8 de 2013

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-649/17 MP. Alberto Rojas Ríos. Octubre 19 de 2017

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-380/21 MP. Diana Fajardo Rivera. Noviembre 3 de 2021

pronunciamiento sobre un problema jurídico basado en hechos similares, desde un punto de vista jurídicamente relevante, al que debe resolver el juez.” (Corte Constitucional, 2021)

Para el Supremo Tribunal, ante situaciones jurídicas semejantes se debe implementar un tratamiento legal equivalente. No obstante, esta misma Corporación reitera que solo lo establecido en la *ratio decidendi* constituye como precedente judicial obligatorio

En la sentencia T-255 de 2024 se discriminan dos posibles escenarios en los que opera la causal del desconocimiento del precedente: en el primero, cuando la autoridad desatiende el principio de primacía constitucional en “(...) el marco del control abstracto de constitucionalidad o concreto de revisión de tutelas.” (Corte Constitucional, 2024); y en el segundo, cuando el operador judicial pasa por alto el alcance que le ha dado la Corte Constitucional a los derechos fundamentales en sentencias de tutela, cuando la línea jurisprudencial es congruente.

4. Violación directa de la Constitución

Este defecto se origina en el momento en que es proferida una decisión judicial que vulnera directamente las disposiciones constitucionales, ya sea por no aplicar una norma de índole fundamental, por darle una interpretación errónea al precedente constitucional o por ejecutar la norma sin observancia de los principios constitucionales.

En la Sentencia T 255/24 se ilustra esta causal con el ejemplo particular de los jueces que no toman en cuenta el enfoque de género en sus decisiones, omitiendo la observancia de

los derechos a la igualdad entre hombres y mujeres y a la prohibición de discriminación a la mujer (Arts. 13 y 43 C.P.). Esta sentencia también trae a colación los criterios orientadores fijados por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial reseñados en la sentencia T-172/23²⁹, entre los que se destacan los tres más relevantes para este caso específico, así: “(...) (iii) argumentar la sentencia desde una hermenéutica de género, (iv) identificar la existencia de estereotipos, sexismo y la relación desequilibrada de poder, y (v) escuchar la voz de las mujeres, entre otras.” (Corte Constitucional, 2023)

5. El principio del interés superior del menor de edad

En el texto de la sentencia, la Corte recuerda que el principio del interés superior del menor de edad está consagrado en los artículos 44 de la Constitución Política y 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia, respectivamente. Este mandato demanda del Estado, la sociedad y la familia la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y les otorga el carácter de prevalentes.

El Supremo Tribunal acude a la Sentencia C-683/15³⁰, en la que se hace la distinción entre dos parámetros de evaluación para delimitar el principio del interés superior del menor de edad. Por una parte, las condiciones jurídicas que están incluidas en el ordenamiento jurídico y que promueven el bienestar infantil, dentro de las que se enumeran las garantías del desarrollo integral del menor y las del goce efectivo de sus derechos fundamentales, la protección ante condiciones de riesgo, la armonización con los derechos de sus padres, la

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-172/23 MP. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Mayo 23 de 2023

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-683/15. MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Noviembre 4 de 2015

provisión de un ambiente adecuado y una sólida justificación para solicitar la intervención del Estado en la dinámica familiar. Y, por la otra, las condiciones fácticas que se refieren a las circunstancias específicas de cada paso particular. (Corte Constitucional, 2015)

6. El precedente constitucional en materia de custodia compartida

En este acápite, la Corte Constitucional indica que, a pesar de que la custodia compartida no tiene una regulación expresa en la normatividad colombiana, se ha desarrollado a través de disposiciones constitucionales, legales y convencionales. En el ámbito constitucional, la Corte señaló los artículos relacionados con la protección a la familia (Art. 5) y el del principio de la progenitura responsable (Art. 42), así como el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (Art. 44). En el ámbito legal, acude inicialmente a lo dispuesto en el artículo 253 del Código Civil que impone a los padres la obligación conjunta en la crianza de los hijos y posteriormente, a las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuyo artículo 23 reitera el carácter solidario y permanente de la paternidad. Finalmente, en el ámbito convencional, incluye las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así mismo, el Alto Tribunal cita lo dispuesto en la sentencia T-384 de 2018, en la que se conmina a los jueces a que apliquen de manera preferente el otorgamiento de la custodia compartida, siempre que sea posible de acuerdo con las condiciones jurídicas y fácticas referidas en el acápite anterior. Dicho de otro modo, se concluye que la custodia compartida es la regla general y que debe aplicarse la custodia compartida, acompañada con un adecuado

régimen de visitas, como mecanismo supletorio, únicamente en los casos en que las circunstancias impidan la primera. (Corte Constitucional, 2018)

Finalmente, la Corte Constitucional analizó los antecedentes del caso concreto a la luz de los criterios previamente examinados, los cuales forman parte de los postulados jurídicos aplicables y que discrimino en tres apartados.

A. Desconocimiento del precedente y configuración del defecto sustantivo.

Para la Sala de Revisión de la Corte se hizo evidente que el juzgado se enfocó en determinar la idoneidad de cada padre para el ejercicio de la custodia monoparental y no en confirmar si ambos progenitores eran aptos para ejercer la custodia compartida. En otros términos, el Alto Tribunal advierte de la existencia de un sesgo en la interpretación de las pruebas por parte del Juzgado 7º, especialmente en las evaluaciones de psicología y de trabajo social, además de las entrevistas con los hijos menores. Dado este enfoque parcial, se determinó que algunos comportamientos de Clarisa le hacían menos idónea que Augusto para ejercer la custodia monoparental.

En primer lugar y de acuerdo con el análisis de la Corte, el operador judicial demostró desconocimiento del precedente, ya que primordialmente debía valorar la viabilidad de la custodia compartida entre ambos progenitores, tal como lo indica la Sentencia T-384/18, así:

“la regla general debe centrarse en fijar judicialmente la custodia compartida y el cuidado personal a ambos padres para proteger los derechos fundamentales de los

niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor de sus progenitores, siempre teniendo como faro iluminador la consideración primordial del interés superior del menor y la aplicación del principio *pro infans* que deben guiar las decisiones de la administración de justicia.” (Corte Constitucional, 2018)

En segundo lugar, determinó que el operador incurrió en defecto sustantivo por cuanto no consideró el mandato del artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia sobre la naturaleza conjunta y solidaria de la obligación de los progenitores en pro del desarrollo integral de sus hijos.

La Corte subrayó que, en los procesos de custodia, el conflicto entre los padres no debe considerarse un factor que obstaculice el otorgamiento de la custodia compartida o que deba incidir en las decisiones del juez, a menos de que este tenga una naturaleza grave y perjudique directamente al menor. El Tribunal reitera que el operador judicial está llamado a garantizar el interés superior del menor y el escenario más favorable para su desarrollo integral.

Esta decisión reafirma que incluso en los casos en los que exista discrepancias entre los padres, la custodia compartida actúa como una expresión directa del principio de corresponsabilidad parental y de la progeneritura responsable, en concordancia con lo dispuesto en la jurisprudencia precedente, así:

Por una parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia STC-12085 de 2018³¹, reconoció que con la figura de la custodia compartida es posible preservar los vínculos afectivos entre los progenitores y su descendencia, siempre que está no represente un riesgo emocional o físico para el menor. En este mismo fallo, la Corporación subrayó que las motivaciones personales que puedan tener los padres para procurar la separación del menor de edad con el otro progenitor, deben permanecer en el ámbito interno de los padres, sin ser trasladadas al hijo, puesto que el “vínculo filial se sobrepone al conyugal.” (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Por la otra, en Sentencia T-384³², la Corte Constitucional señaló que los acuerdos de custodia compartida se consideran una herramienta jurídica civilizada para garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contextos de ruptura familiar. Aunque tales acuerdos pueden ser celebrados por los padres fuera del ámbito judicial con la debida autorización del defensor de familia, también pueden ser impulsados por el operador judicial mediante la conciliación.

B. Configuración del defecto fáctico

En este segundo apartado, la Corte cuestionó la postura del juzgado en la que se observa la inclinación convencional hacia la custodia monoparental y la priorización de los derechos de Augusto, situación que se hace evidente en la valoración irracional de los

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC-12085/18. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Septiembre 18 de 2018

³² Corte Constitucional. Sentencia T-384/18. MP. Cristina Pardo Schlesinger. Septiembre 20 de 2018

dictámenes de psicología y trabajo social y en la omisión de la evaluación del profesional de psiquiatría.

De acuerdo con la Sala, el Juzgado de Barranquilla no solo dirigió su esfuerzo a demostrar cuál de los dos padres resultaba más idóneo para ejercer la custodia de los hijos, sino que además no tuvo en cuenta la nueva dinámica familiar tras la separación de los padres y la consecuente afectación emocional de los involucrados. En cuanto a este tema, el Alto Tribunal hizo hincapié en el prejuicio que ocasionan los estereotipos de género en la aplicación de justicia. En este caso, el prestador de justicia estuvo predispuesto a exigir un comportamiento intachable de la mujer en su rol de madre y de cabeza del hogar y, en consecuencia, consideró que su idoneidad como madre estaba deslegitimada.

C. Violación directa de la Constitución

Para la Sala de Revisión, el juzgado no tuvo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales sobre el principio del interés superior del menor ni examinó adecuadamente los criterios fácticos y jurídicos que lo delimitan. En este contexto, la Corte aseguró que el operador jurídico no estuvo interesado en armonizar los derechos de ambos padres y los de sus hijos. Además, promovió una decisión que desmejoraba la calidad del vínculo entre la madre y sus hijos por las limitaciones en el tiempo a compartir. En el caso específico del hijo mayor que se encuentra en situación de discapacidad, las dificultades en la comunicación con su mamá a través de medios electrónicos, podrían acentuar más esa brecha y fracturar la relación profundamente.

La Corte también afirmó que el hecho de no tener en consideración la opción de la custodia compartida al analizar el acervo probatorio vulneró los principios constitucionales

de igualdad y enfoque de género de Clarisa. Como una consideración adicional, el Alto Tribunal tuvo en cuenta advertir que las decisiones que se tomen están supeditadas a lo que se dictamine en el marco del proceso de restitución internacional de menores.

De acuerdo con los argumentos revisados, la Corte Constitucional concede el amparo y le ordena al Juzgado la emisión de una nueva decisión en la que se tomen en cuenta los criterios establecidos en la sentencia.

Argumentos Alternativos

La sentencia en estudio incluye como apartados complementarios un salvamento de voto y una aclaración de voto, que incorporan visiones disidentes y complementarias a este debate jurídico.

En primer lugar, en cuanto al salvamento de voto, el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo expresó su diferencia de criterios con el resto de la Sala de revisión, ya que considera que los defectos fácticos, sustantivos y por la violación directa de la constitución alegados por la accionante y adoptados en la decisión, obedecen a criterios en exceso formalistas y que la Corte en su afán de proteger los derechos de la accionante, desconoció la naturaleza de las evaluaciones de los profesionales y las manifestaciones realizadas por los propios hijos menores de edad frente a su elección de vivir junto a su padre. Para el jurista, el enfoque que le dio el Juzgado a la valoración de las pruebas fue el correcto y no fue un obstáculo en la aplicación del enfoque de género.

En segundo lugar, en cuanto a la aclaración de voto realizada por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, este consideró que la sentencia proferida por la Corte Constitucional se quedó corta en el desarrollo del tema de los estereotipos de género y cómo su reproducción afecta la aplicación de la justicia en demérito de las mujeres. De igual manera, trajo a colación otros factores que no fueron tenidos en cuenta en el análisis de la Corte y que son de gran relevancia para determinar la idoneidad de los padres y la naturaleza de su relación, tales como las acusaciones de violencia de género hechas por Clarisa en contra de Augusto y la comisión del delito de inasistencia alimentaria por parte de este.

Implicaciones de la Sentencia T-255/2024 para la custodia compartida en Colombia

La sentencia T-255 de 2024 de la Corte Constitucional tiene un impacto de gran relevancia en el ámbito del derecho de familia, especialmente en lo que se refiere al tema de la custodia compartida y en lo relativo a la aplicación del enfoque de género en este tipo de casos. Veamos:

Para iniciar, es dado reconocer que la Corte reitera que la custodia compartida será considerada como norma general, a menos que existan circunstancias de peso que hagan que sea lesiva para los menores de edad, caso en el que se optará por la custodia monoparental

con un adecuado régimen de visitas. De igual manera, subraya que en todas las decisiones judiciales se debe garantizar la observancia del principio del interés superior del niño y la garantía de permanecer en un entorno que favorezca su desarrollo integral.

La Sala de Revisión de la Corte advierte que la asignación de la custodia de los menores de edad no se debe concebir como un conflicto ente los intereses individuales de los padres, sino como una decisión orientada al bienestar del niño, quien necesita del vínculo con ambos progenitores para su desarrollo integral. Así, cuando sea viable, los jueces deben privilegiar el modelo de custodia compartida. Ello se traduce en que el conflicto entre los padres, siempre que este no ponga en peligro a los menores de edad, no es una causal suficiente para que aquellos no asuman de manera conjunta su crianza y educación. Dijo, al respecto, la Corporación, que: “(...) sólo ante un conflicto irresoluble debe optarse por la decisión que mejor satisfaga la protección del menor.” (Corte Constitucional, 2024)

Corresponde al juez realizar un análisis especialmente riguroso, considerando que los asuntos de custodia solo llegan a sede judicial cuando existe una controversia entre los progenitores; en caso contrario, se llegaría a un acuerdo común. Por lo mismo, la naturaleza irresoluble de la controversia debe ser de una entidad superior al simple conflicto —ya existente y sentado de base— entre los progenitores. Y, desde luego, a fin de evitar que la excusa del “conflicto irresoluble” se convierta en la herramienta de batalla de un progenitor contra el otro, también es pertinente que las autoridades judiciales analicen con cautela si hay un entorpecimiento generado específicamente por uno de los progenitores en la relación con el otro, en aras de valorar su conducta en el marco de la afectación de los derechos del menor de edad. En una palabra, la falta de voluntad de un progenitor para anteponer el “vínculo filial sobre el conyugal” tal y como lo subrayó la Corte Suprema de Justicia en sentencia

STC-12085 de 2018, debe ser materia de valoración por el juez al momento de decidir sobre la asignación de la custodia. (Corte Suprema de Justicia, 2018)

Por otra parte, la Corte señaló de manera expresa la necesidad de desmontar los estereotipos de género en el ámbito de la justicia, con la finalidad de acortar la brecha de desigualdad con la que se valoran los comportamientos de hombres y mujeres. Si bien en la sentencia analizada se refleja un sesgo de género que asigna a la mujer un rol idealizado en su función de madre, en materia de custodia también se han documentado casos en los que este sesgo de género opera a la inversa, ocasionando un perjuicio al progenitor masculino, quien ve menoscabado su rol parental bajo la visión reduccionista de que la crianza y el cuidado de los hijos, corresponden tradicionalmente a la esfera femenina. Por ejemplo, en Sentencia STC-5357 2017³³, la Corte Suprema de Justicia anuló la decisión que favorecía a la madre de una adolescente, ya que estaba fundada en el estereotipo discriminatorio de que ella, por ser mujer, podía proporcionar un cuidado más adecuado para su hija. En esta decisión, la Corporación destacó la igualdad de derechos entre los padres para ejercer la custodia de sus hijos, sin que medie algún tipo de distinción por el género. (Corte Suprema de Justicia, 2017)

Así mismo, la Corte reitera que la acción de amparo es una herramienta válida para proteger derechos fundamentales que han sido vulnerados en una decisión proferida por un operador judicial, específicamente cuando concurren defectos fácticos, sustantivos o violaciones directas a las estipulaciones constitucionales.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC-5357/2017. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Abril 19 de 2017

Esta sentencia no solo representa un avance en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al reiterar el lugar preferente de la custodia compartida, sino que también se consolida como un aporte fundamental a la lucha contra los estereotipos de género tan interiorizados en la sociedad colombiana.

La custodia compartida: Análisis de los modelos de Argentina, Francia y España

La figura de la custodia compartida ha sido reconocida a nivel global, generalmente al interior de las disposiciones del Derecho Civil y de Familia. Ha surgido como una de las respuestas más adecuadas a las condiciones de los niños, niñas y adolescentes ante la evolución de los modelos familiares tradicionales a nuevas formas de convivencia. Esta alternativa ha sido avalada por numerosos profesionales en psicología, quienes coinciden en que, en las condiciones adecuadas, este esquema es de gran beneficio para los menores de edad³⁴. De acuerdo con el concepto psicológico emitido por la Universidad de la Sabana, citado en la Sentencia T-384/18, bajo el modelo de crianza conjunta se fomenta la relación sana y equilibrada entre los hijos y sus dos padres, a la vez que se estimula la interacción respetuosa y de cooperación entre estos últimos.

³⁴ Desde el ámbito de la psicología se han realizado diversas investigaciones sobre los beneficios de la custodia compartida. Por ejemplo, las reconocidas investigadoras suecas Malin Bergström y Emma Fransson, han realizado importantes aportes al estudio de la custodia compartida y su impacto en el bienestar integral infantil. Uno de sus trabajos más destacados es *Mental Health in Schoolchildren in Joint Physical Custody: A Longitudinal Study*, en el que realizan un estudio sobre el impacto en la salud mental en niños escolarizados, tras la disolución del vínculo entre sus padres. Este trabajo puede consultarse en el siguiente enlace: <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC8229623/>. Asimismo, es de gran relevancia el trabajo realizado por la psicóloga estadounidense Linda Nielsen, en el que tras el estudio comparativo de medio centenar de investigaciones sobre la materia, concluyó que los niños que gozan de esta modalidad tienen menos dificultades en su desarrollo emocional y psicológico, tal y como se evidencia en este artículo de José Luis Sario Morillo, disponible en <https://confilegal.com/20190401-lo-que-no-se-sabe-de-la-custodia-compartida/>.

En este capítulo se propone un breve análisis del desarrollo normativo y jurisprudencial en España, Argentina y Francia, tres países que, al igual que Colombia, comparten la herencia jurídica del tradicional Derecho Romano—Germánico. A través de este ejercicio de Derecho comparado será posible identificar los elementos claves que inciden en la regulación del tema de la custodia compartida a nivel internacional y contextualizar las similitudes y diferencias entre diversos sistemas jurídicos.

La Custodia compartida en España

Los sistemas normativos de Colombia y España guardan marcadas semejanzas en su estructura de carácter jerárquico. En ambos Estados se reconoce la supremacía de la Constitución sobre las demás normas y la existencia de un Máximo Tribunal encargado de su interpretación y defensa. En España, La Constitución de 1978 es el cimiento sobre el cual se erige el Estado social y democrático de derecho y se articula el poder del Estado en tres ramas independientes. En el artículo 39 de la Ley Fundamental se establece el marco normativo de protección de la familia, en general, y, de forma más específica, la regulación destinada a la protección de las madres y los hijos. Esta disposición también incluye la obligación de los padres de brindar asistencia integral a sus hijos, cuya regulación se enmarca en el ámbito del derecho civil. (Constitución Española, 1978)

En materia civil, el tema de la custodia compartida encuentra su regulación en el artículo 92 del Código Civil español. A pesar de que este tema no se incluía en la redacción original que data de 1889, con el paso de los años se han venido implementando una variedad de modificaciones, cuya finalidad es la de adaptarse paulatinamente a los cambios en la

familia y la sociedad. Dentro de estas actualizaciones se destaca la Ley 15/2005, mediante la cual se introdujo la figura de la guarda y la custodia compartida. Dentro de la exposición de motivos de esta citada ley, se promueve la garantía de los principios de corresponsabilidad parental y del interés superior del menor, al conminar a ambos padres a que asuman sus responsabilidades paternas de manera conjunta y a que contribuyan activamente a mitigar los efectos de la ruptura de la unidad familiar. (Ley 15/2005, 2005)

En consonancia con lo anterior, otra normativa de protección infantil es la Ley Orgánica 1/1996, o Ley de Protección Jurídica del Menor, complementada por la Ley Orgánica 8/2015, que establece los principios orientadores de los derechos de los niños y niñas y su reconocimiento como sujetos plenos de derecho. Esta norma, además, consagra el principio del interés superior del menor y su naturaleza tripartita como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y norma de procedimiento en los mismos términos del Comité de los Derechos del Niño. (Ley Organica 8/2015, 2015)

Ahora bien, una de las principales diferencias entre Colombia y España tiene que ver con la estructura de la división administrativa territorial. España está dividido en 17 comunidades autónomas que, aunque operan bajo un mismo marco constitucional y están sujetas al control del Tribunal Supremo, conservan la capacidad de autogobierno en algunos aspectos, como en algunas regulaciones del derecho civil. En virtud de lo establecido en el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, se reconoció que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado español, salvo en aquellos territorios que históricamente contaban con su propio desarrollo normativo, sobre el cual cada comunidad conserva la potestad de conservarlo o modificarlo de acuerdo con su tradición legal. Conforme a lo dicho

por Espinosa (2024), España no cuenta con una regulación a nivel nacional en la que se establezca la custodia compartida como regla general, más allá de la inclusión de esta modalidad en las disposiciones de la Ley 15/2005. No obstante, dentro del territorio español hay cinco comunidades autónomas que ya han elaborado su propio tratamiento normativo sobre la cuestión. (Espinosa, 2024)

En primer lugar, El País Vasco, a través de la Ley 7/2015, regula las relaciones familiares en contextos de separación. Dicha norma promueve los principios de corresponsabilidad parental y de igualdad entre hombres y mujeres. Además, garantiza el derecho de los menores de edad a vivir bajo un régimen de custodia compartida, en consonancia con el principio del interés superior. (Ley 7/2015 - Comunidad Autónoma del País Vasco, 2015)

En segundo lugar, la Comunidad Foral de Navarra, mediante la Ley Foral 3/2011, que pretende transformar la naturaleza excepcional de la custodia compartida al promover la igualdad de ambos padres de frente a la relación con sus hijos, siempre que esto contribuya con su bienestar integral. (Ley Foral 3/2011 - Comunidad Foral de Navarra, 2011)

En tercer lugar, La Comunidad Autónoma de Aragón, con la adopción de la Ley 2/2010, en la que reconoce que en materia de custodia compartida convergen dos derechos: “(...) por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar.” (Ley 2/2010 - Comunidad Autónoma de Aragón, 2010)

En cuarto lugar, la comunidad Autónoma de Cataluña, con la promulgación del Libro II del Código Civil o Ley 25/2010, en el que se da prelación a la guarda y custodia compartida como una garantía de la coparentalidad y el reparto equitativo de las responsabilidades parentales. (Ley 25/2010 - Comunidad Autónoma de Cataluña, 2010)

Y, finalmente, la Comunidad Valenciana, que, al dictar la Ley 5/2011, incorporó la figura jurídica del pacto de convivencia familiar. Sin embargo, esta normativa fue posteriormente anulada por el Tribunal Supremo, en razón a aspectos vinculados con vicios de la competencia, al considerar que la Comunidad Autónoma había legislado en materias del derecho civil cuya regulación le correspondía al Estado español, conforme al artículo 149.1.8. de la Constitución. (Tribunal Constitucional, 2016)

Ahora bien, en el ámbito nacional, el Tribunal Supremo de España ha comenzado a establecer criterios sobre la custodia compartida, mediante fallos como los que se expondrán a continuación.

El 29 de abril de 2013, el Tribunal Supremo emitió la Sentencia 257³⁵, en la que, por primera vez, señaló la necesidad de normalizar la figura de la custodia compartida, siempre que se atienda el interés superior del menor y sea posible en la práctica. Para el Alto Tribunal, la custodia compartida no debe verse como “(...) una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable.” (Tribunal Supremo, 2013)

En esta decisión, el Tribunal afirmó que **la corresponsabilidad parental debe superar los efectos de la ruptura de la convivencia**. Así mismo, estableció que en las

³⁵ Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sentencia No. 257/2013. Abril 29 de 2013.

decisiones sobre la custodia se deben evaluar factores tales como el entorno relacional entre los padres y los hijos, la capacidad parental, el número de hijos, la opinión manifestada por el menor de edad y los informes legales.

En Sentencia STS 515/2015³⁶, el Tribunal Supremo reiteró que el principio del interés superior del menor es un factor determinante para establecer la custodia compartida. Este fallo también introduce un factor decisivo, relacionado con la demostración concreta del interés y del compromiso paternal hacia los hijos, que se traduce en la elaboración de un plan en el que se detallen aquellas cuestiones relevantes sobre la crianza, guía, educación y cuidado personal, necesarios para la tenencia compartida de los menores de edad. Así mismo, en esta decisión el Alto Tribunal sostiene que “Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”. (Tribunal Supremo, 2014). En este caso, se denegó la modalidad de custodia compartida ya que se comprobó que la falta de disponibilidad de tiempo por parte del padre y las tensiones entre la madre, dedicada en exclusiva al cuidado infantil, y la familia paterna, podrían afectar el bienestar integral de los hijos menores de edad.³⁷

En cierto modo, esta sentencia se alinea con lo preceptuado en Sentencia STS 619/2014³⁸, en la que el Tribunal hace énfasis en la necesidad de que los padres puedan establecer una relación de respeto mutuo y con adecuados canales de comunicación, con el

³⁶ Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sentencia STS 515/2015. Octubre 15 de 2014

³⁷ Si bien en la Sentencia STS 515/2015 se alude a la conflictividad entre la madre y la familia paterna, no se detalla con precisión la clase y la magnitud de esta. Sin embargo, el hecho de que estas tensiones sean mencionadas repetidamente en el fallo, así como la constante referencia al informe psicosocial por parte del Tribunal, indica que este fue un factor de gran relevancia en la decisión que niega la custodia compartida. El Tribunal también advirtió que la solicitud de cambio de residencia realizada por la madre, podía agravar este conflicto existente, ya que el nuevo domicilio propuesto, implicaba un mayor distanciamiento geográfico con el entorno paterno.

³⁸ Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sentencia STS 619/2014. Octubre 30 de 2014

fin de favorecer un entorno estable adecuado para el bienestar y desarrollo integral de los hijos. (Tribunal Supremo, 2014) En este caso particular, el Tribunal Supremo negó la custodia compartida. al considerar que la violencia ejercida por el padre en las comunicaciones telefónicas, eran evidencia de un conflicto irresoluble e incompatible con el principio del interés superior.

En el ámbito jurisprudencial también se ha analizado, como factor decisivo en el tema de la custodia compartida, el de la proximidad razonable entre los domicilios de los padres. Para el Tribunal, esta variable es necesaria para preservar la estabilidad del menor de edad, la relación con su entorno escolar y la organización familiar. En Sentencia 115/2016³⁹, se determinó que la distancia geográfica entre los hogares de ambos progenitores puede hacer inviable la organización de un sistema compartido, ante lo cual se puede alentar a los progenitores a reubicar sus domicilios o, de lo contrario, se optará por un régimen monoparental. (Tribunal Supremo, 2016)

De acuerdo con lo anterior, es de considerar que en la actualidad la custodia compartida en España es concebida como la alternativa prioritaria. No obstante, esta no se activa de manera automática, sino que su aplicación obedece a una serie de criterios legales y jurisprudenciales, cuyo cumplimiento debe ser revisado a la luz de cada caso individual. Entre los principales criterios destacan: (i) la observancia del principio del interés superior del menor, (ii) la manifestación de la voluntad del niño, (iii) la proximidad entre los domicilios de los padres, (iv) la naturaleza de la relación entre los padres y los hijos, (v) la

³⁹ Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil. Sentencia 115/2016. Marzo 1 de 2016

capacidad de cooperación entre los padres además de la intensidad de las hostilidades entre ellos, así como (vi) los informes de evaluación requeridos.

La Custodia compartida en Argentina

La custodia compartida en el marco del derecho de familia argentino se reconoce con el término de cuidado personal compartido y encuentra su marco normativo principal en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, o Ley 26.994, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, en reemplazo del tradicional Código Civil de 1869.

Esta modernización legislativa ha transformado el derecho civil argentino desde los cimientos y ha generado un nuevo paradigma, sobre todo en materia de Familia. Según lo expuesto por Herrera (2015), esta actualización legal respondió a las demandas de una nueva sociedad más liberal, orientada a la promoción de un régimen más equitativo entre hombres y mujeres, a la consolidación de un marco de protección más íntegro y efectivo para la infancia y a la incorporación de principios y estructuras jurídicas con enfoque de género. (Herrera, 2015)

La normativa civil argentina adoptó nuevas expresiones jurídicas para referirse a instituciones tradicionales del derecho de familia. En primer lugar, de acuerdo con los comentarios al Código Civil y Comercial (2015), la otrora figura de la patria potestad guarda equivalencia con la de la responsabilidad parental. En segundo lugar, la figura de la custodia ha sido reemplazada por la de cuidado personal, un concepto que resalta el rol activo de

ambos padres en la vida cotidiana del hijo, independientemente de si conviven con él o no.⁴⁰ (Herrera, Caramelo, & Picasso, 2016)

Desde su origen, esta regulación reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, facultados para expresar su opinión en los casos que les afecten. Además, está orientada a garantizar los principios del interés superior del menor y la corresponsabilidad parental. En atención a estos lineamientos jurídicos, el artículo 651 del Código establece que el cuidado compartido ejercido bajo la “modalidad indistinta” debe ser considerado como regla general, excepto en los casos en los que pueda causar una afectación negativa al menor de edad.

Sobre las modalidades de cuidado personal compartido, destinadas a promover la participación activa de ambos progenitores en la crianza y cuidado de sus hijos, el artículo 650 del Estatuto Civil ha contemplado dos: (i) por una parte, la “modalidad de cuidado alternado”, en la que el tiempo de convivencia se divide entre los dos padres de manera equilibrada; y, (ii) por la otra, la “modalidad de cuidado personal indistinto”, en la que los niños residen de manera principal en el domicilio de uno de sus padres, pero ambos participan de las labores concernientes a la crianza y guía de los hijos.

El artículo 655 del Código ha determinado que los padres están en la obligación de diseñar y presentar ante la justicia un plan de parentalidad, en el que se establezca de manera

⁴⁰ Al respecto, conviene señalar que, en el sistema jurídico argentino, los aspectos patrimoniales y personales de la relación entre padres e hijos se agrupan bajo la figura de la responsabilidad parental. Ello difiere de la legislación colombiana, en la que se abordan de manera separada bajo las figuras de patria potestad y derechos y deberes personales entre padres e hijos. De hecho, el artículo 640 del Código Civil y Comercial de la Nación o Ley 26.994, dispone que la figura del cuidado personal, hace parte integral de la responsabilidad parental.

pormenorizada la forma en que se organizará la vida de los niños tras la ruptura del vínculo de pareja. En este plan no solo se debe incluir la modalidad de custodia a implementar, sino que debe abarcar las pautas de crianza y educación. Dicho mecanismo favorece la cooperación y la comunicación entre los padres y garantiza la permanencia del vínculo emocional con los hijos, en beneficio de su desarrollo integral.

Sumado a lo anterior, la Ley No. 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 7 desarrolla los principios de corresponsabilidad parental en particular y de corresponsabilidad en general, que se articulan y complementan con las disposiciones contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial.

A nivel jurisprudencial, los máximos tribunales provinciales argentinos han contribuido al desarrollo de la materia mediante diversos pronunciamientos.

Por ejemplo, es dado traer a colación el fallo emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la que se expone que las modalidades alternadas e indistintas son dos facetas del cuidado personal compartido cuya mayor diferencia radica en la manera en que ambos padres abordan sus responsabilidades conjuntas. En esta sentencia del 21 de septiembre de 2023⁴¹, el Alto Tribunal bonaerense sostiene que cada modalidad del cuidado compartido debe analizarse a la luz de las características y necesidades de cada grupo familiar, teniendo en cuenta factores como la distancia entre los domicilios de los padres o sus horarios laborales. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2023)

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial. D., F. A. c/ N. ,L. s/ cuidado personal y régimen de comunicación. 21 de Septiembre de 2023. Causa:134909

En Argentina, la nueva Regulación Civil y Comercial instauró la figura del cuidado personal compartido como la modalidad preferente en línea con los principios de la corresponsabilidad parental y el interés superior del niño, dejando en un segundo plano el régimen de cuidado monoparental, aplicable en casos específicos en los que sea justificable. El modelo argentino corresponde al ideal de la crianza respetuosa en un contexto de ruptura del vínculo de pareja, ya que prioriza el desarrollo integral de los niños sobre los posibles desacuerdos entre los padres.

La Custodia compartida en Francia

La evolución del derecho de familia en Francia hacia la prevalencia del modelo de custodia compartida guarda grandes similitudes con las disposiciones del sistema argentino. En el año 2002, mediante la Ley 2002-305 del 4 de marzo, se introdujo una modificación al Código Civil en la que se estableció una modalidad de custodia compartida a la que denomina “*résidence alternee*”, mediante la cual se establece que la residencia del menor puede determinarse en la casa de uno solo o de ambos padres, quienes siguen compartiendo de manera conjunta los derechos y deberes sobre sus hijos. (LOI n° 2002-305, 2002)

De conformidad con el artículo 373.2.9 del Código Civil Francés, se considera que las responsabilidades parentales conjuntas no deben resultar comprometidas por la existencia de conflicto entre los progenitores. Estos están llamados a garantizar un ambiente apto para el desarrollo integral de sus hijos, en el marco de una estructura guiada por los principios de corresponsabilidad parental y del interés superior del menor.

Ante la falta de acuerdo entre los padres, el juez podrá determinar la modalidad en la que se ejercerá la “*résidence alternee*” o decretar la custodia monoparental. De acuerdo con el portal Women for Women France (2024), el operador judicial tendrá en cuenta elementos como: (i) el régimen provisional aplicado y su conveniencia, (ii) la opinión de los hijos, (iii) las distancias entre los domicilios de los padres y el colegio, (iv) las capacidades de los padres para cumplir con sus obligaciones parentales, (v) los dictámenes profesionales requeridos y (v) la existencia de algún tipo de violencia o presión física o psicológica entre los padres. (Ramos, 2024).

A manera de conclusión parcial

Los tres ordenamientos jurídicos analizados son muestra de una nueva visión sobre las responsabilidades parentales ante la ruptura del vínculo afectivo. La evolución normativa hacia la prevalencia de la custodia compartida en estos sistemas destaca la concepción de los niños, niñas y adolescentes como portadores de un estatus jurídico privilegiado en virtud del cual se deben garantizar los principios de corresponsabilidad parental y del interés superior del menor.

Pese a que Colombia ha logrado grandes avances en materia, aún se enfrenta a desafíos sociales y culturales sobre todo en lo que respecta a la equidad entre los padres y a la existencia de estereotipos de género evidentes en la administración de justicia.

Conclusiones y Recomendaciones

En el marco del derecho de familia contemporáneo, la custodia compartida se ha consolidado como una figura fundamental al posicionarse como el mecanismo que contribuye al desarrollo de un ambiente propicio para garantizar el bienestar integral de los hijos tras la separación de sus padres. Se ha considerado que su implementación conduce al cumplimiento y garantía de los principios del interés superior del menor y corresponsabilidad parental, al fomentar un esquema de crianza conjunto en el que ambos padres participan de manera más equitativa, en procura de que concurran las condiciones óptimas para el crecimiento del menor de edad. La custodia compartida no solo se estima como una alternativa beneficiosa para el menor de edad, sino que además contribuye al desarrollo de dinámicas familiares equilibradas en un contexto de ruptura de pareja.

Recogiendo las reflexiones desarrolladas en este trabajo, en este capítulo de cierre se exponen las principales conclusiones del análisis de la figura de la custodia compartida en Colombia y su abordaje en la Sentencia T 255 de 2024, así como de la revisión de su evolución en diferentes sistemas normativos estudiados.

En primer lugar, cabe destacar que la Sentencia T-255 de 2024 de la Corte Constitucional colombiana es un gran avance en el reconocimiento de la custodia compartida como modelo preferente. En esta decisión judicial, la Corte determinó que, siempre que ambos padres estén en capacidad de garantizar los derechos del menor de edad y no existan situaciones que representen un riesgo para su integridad, se debe preferir esta modalidad sobre la de la custodia monoparental. Asimismo, advirtió sobre la necesidad de que se

incorpore la perspectiva de género en la jurisdicción de familia, con la finalidad de garantizar que la toma de decisiones del orden jurídico, se realice con criterios más justos y equitativos.

En segundo lugar, a partir del ejercicio de derecho comparado fue posible identificar que la concepción de la custodia compartida como regla general ha sido incluida en los ordenamientos jurídicos de España, Argentina y Francia, tratados en el capítulo previo. Mediante esta regulación expresa, el Legislador promueve el diseño de un marco normativo que proporciona seguridad jurídica, ya que en éste se configuran los elementos orientadores a ser valorados, en el momento de determinar la modalidad de custodia más adecuada para cada caso específico.

Colombia, sin embargo, aún no cuenta con una normativa expresa sobre esta figura del derecho de familia, sino que se ha venido forjando a través de la jurisprudencia emitida por dos de los órganos de cierre fundamentales: La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Así, mientras la Corte Suprema de Justicia ha abordado su tratamiento en el marco del derecho de familia, la Corte Constitucional lo ha hecho desde el enfoque de la protección a los derechos fundamentales.

Por tal razón, resulta imperativo que en Colombia se impulse la construcción de una normativa que unifique los postulados emitidos por ambas Corporaciones, para así proporcionar directrices claras que guíen a los operadores judiciales al tomar decisiones en materia de custodia.

En tercer lugar, se observó en la legislación española y en la argentina se ha contemplado el diseño de planes de parentalidad, considerados como esquemas organizativos concebidos por los progenitores en los que se establecen las directrices de crianza y educación, así como otras disposiciones que aseguren el bienestar infantil. Mediante este acuerdo estructurado de organización familiar, los padres de manera conjunta pueden convenir sobre aspectos fundamentales de la parentalidad compartida, propiciando un entorno familiar equilibrado y respetuoso.

La ausencia de legislación expresa en materia de custodia compartida en Colombia incide en que figuras como esta, de gran utilidad en otras jurisdicciones, no tengan un desarrollo normativo ni sean utilizadas en la práctica del derecho de familia. Para Colombia, la inclusión de este tipo de mecanismos en el ordenamiento legal y en el ejercicio práctico del derecho implicarían un gran avance en coherencia con el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de la corresponsabilidad parental. De igual forma, el empleo de herramientas como estas, facilitarían el ejercicio de supervisión y control por parte de las autoridades encargadas de velar por el bienestar de los menores de edad.

En cuarto lugar, en este análisis se hizo evidente que en ninguno de los tres sistemas legislativos en revisión, así como tampoco en la jurisprudencia colombiana, se considera que la existencia de conflicto entre los progenitores sea un impedimento para la custodia compartida. De manera convergente, los sistemas jurídicos consultados consideran razonable la realidad de que en la ruptura de pareja se pueden ocasionar una variedad de tensiones, sin que estas sean un impedimento para ejercer la custodia de manera conjunta. Sin embargo,

también coinciden en que, si las diferencias representan un riesgo real para el bienestar del niño, niña o adolescente, se debe optar de manera excepcional por un régimen de custodia distinto que proteja mejor sus derechos.

En este sentido, es dado recomendar que en la práctica del derecho de familia se establezcan mecanismos de mediación o de conciliación, mediante los cuales se conmine a los padres a superar sus diferencias y a generar consensos en pro del bienestar de sus hijos menores de edad.

En este punto, no está de más subrayar que el análisis del juez debe ser especialmente cuidadoso, ya que todo caso de custodia que se lleva a resolución judicial obedece, en principio, a un desacuerdo entre los padres. Mientras que las tensiones relacionadas con la ruptura del vínculo de pareja, por si solas, no pueden ser consideradas como un impedimento para el ejercicio de la coparentalidad compartida, un conflicto persistente, irresoluble y con consecuencias negativas sobre los derechos del menor de edad sí puede justificar la limitación al ejercicio de la custodia compartida. Es así que corresponde al operador judicial hacer la distinción entre ambos escenarios y fallar en favor del interés superior del menor. Así mismo, el juez debe examinar si el argumento de la existencia de un “conflicto irresoluble” es empleado como arma de confrontación entre los progenitores y si este es generado de manera intencional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los procesos de asignación de custodia se debe valorar la voluntad de los progenitores para anteponer el vínculo filial sobre el conyugal.

Finalmente, se puede señalar que, pese a los avances normativos en los tres sistemas analizados y al desarrollo jurisprudencial colombiano sobre la materia, la herencia del modelo tradicional influye en la persistencia de los estereotipos de género en el ejercicio jurídico. Más allá de la labor del Legislador, orientada a la disminución de este sesgo discriminatorio, se requiere de la formación constante de los funcionarios de la justicia, para que estén en capacidad de valorar adecuadamente las circunstancias de cada caso y dictar una resolución justa y respetuosa y libre de sesgos.

No obstante, resulta importante señalar que, para superar los estereotipos de género a nivel global, se requiere de una profunda transformación cultural en la que además de reconocer las afectaciones que el sesgo discriminatorio ocasiona sobre hombres y mujeres, se trabaje en la reformulación de las estructuras sociales tan arraigadas en el imaginario colectivo.

Colombia ha logrado avances notables en el proceso del reconocimiento de la custodia compartida como regla general. Sin embargo, persisten desafíos relevantes tanto en el ámbito regulatorio como en la práctica jurídica y en la dimensión social. En comparación con los otros sistemas jurídicos que han construido una estructura normativa sobre este modelo, el país apenas se encuentra en una fase incipiente. Se requiere del trabajo articulado del Estado y sus instituciones, de los operadores de la justicia y de la ciudadanía, para continuar avanzando en el fortalecimiento de un modelo más equitativo, orientado por los principios de corresponsabilidad parental y del interés superior del niño.

Bibliografía

- Castillo Yara, E. (Octubre de 2020). *La custodia compartida en Colombia: elementos fundantes de una nueva concepción*. Obtenido de Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE): <https://idibe.org/doctrina/la-custodia-compartida-colombia-elementos-fundantes-una-nueva-concepcion/>
- Código Civil. (24 de Julio de 1889). "*Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*". Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=137&tn=1&p=19810720#art99>
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.
- Constitución Española. (29 de Diciembre de 1978). *Boletín Oficial del Estado*.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T 402/1992. *MP Eduardo Cifuentes Muñoz*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-402-92.htm>
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T 523/1992. *MP Ciro Angarita Barón*. Obtenido de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-523-92.htm#_ftnref12
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-500/1993. *MP Jorge Arango Mejía*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-500-93>
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-1026/2004. *MP Humberto Sierra Porto*.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-590/2005. *MP Jaime Córdoba Triviño*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05>
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-267/2013. *MP Jorge Iván Palacio Palacio*. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-267-13>

Corte Constitucional. (2014). Sentencia C-239/2014. *MP Mauricio González Cuervo.*

Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-239-14.htm>

Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-683/2015. *MP Jorge Iván Palacio Palacio.*

Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>

Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-727/2015. *MP. Myriam Ávila Roldán.* Obtenido

de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-727-15.htm>

Corte Constitucional. (2015). Sentencia SU-172/2015. *MP Gloria Stella Ortiz Delgado.*

Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-712-15>

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-451/2016. *MP Luis Ernesto Vargas Silva.*

Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-451_2016.html#INICIO

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-569/2016. *MP Alejandro Linares Cantillo.*

Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-569-16.htm>

Corte Constitucional. (2017). Sentencia SU-649/2017. *MP Alberto Rojas Ríos.* Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/su649-17>

Corte Constitucional. (2018). Sentencia T-384/2018. *MP Cristina Pardo Schlesinger.*

Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-384-18.htm>

Corte Constitucional. (2021). Sentencia SU-380/2021. *MP Diana Fajardo Rivera.*

Corte Constitucional. (2022). Sentencia T-262/2022. *MP José Fernando Reyes Cuartas.*

Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-262-22.htm>

Corte Constitucional. (2023). Sentencia T-028/2023. *MP José Fernando Reyes Cuartas.*

Corte Constitucional. (2023). Sentencia T-172/2023. *MP Jorge Enrique Ibáñez Najar.*

Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/t-172-23>

Corte Constitucional. (2024). Sentencia T-255/2024. *MP Vladimir Fernández Andrade*.
Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/t-255-24>

Corte Suprema de Justicia. (10 de marzo de 1987). Sala de Casación Civil. *MP José Alejandro Bonivento*. Obtenido de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLXXXVIII%20n.%202427%20\(1987\)%20Primer%20Semestre.pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CLXXXVIII%20n.%202427%20(1987)%20Primer%20Semestre.pdf)

Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia STC-5357/2017. *MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo*.

Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia 12085/18. *MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo*. Obtenido de <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/09/STC12085-2018.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2021). STC 2717-2021. *MP Luis Armando Tolosa Villabona*.
Obtenido de <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/STC2717-2021.pdf>

Corte Suprema de Justicia. (2021). STC-5347/2021. *MP Luis Armando Tolosa Villabona*.

Decreto 772 de 1975. (1975). "Por el cual se modifica el Decreto 2820 de 1974 y el Código Civil". Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=120639>

Espinosa, P. (18 de Marzo de 2024). *Custodia compartida como régimen preferente en algunas comunidades*. Obtenido de <https://www.debelareabogados.es/custodia-compartida-pais-vasco-navarra-aragon-cataluna-comunidad-valenciana/>

Herrera, M. (19 de Febrero de 2015). Obtenido de El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género: <https://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/MH.-Código-Civil-y-Comercial-perspectiva-de-género.pdf>

Herrera, M., Caramelo, G., & Picasso, S. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo II*.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2015). *Concepto 94*. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/compilacion/docs/concepto_icbf_0000094_2015.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2019). *Concepto 31* . Bogotá.

Ley 1098 de 2006. (2006). "*Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*".

Ley 15/2005. (8 de Julio de 2005). "*por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*". Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

Ley 2/2010 - Comunidad Autónoma de Aragón. (26 de Mayo de 2010). "*de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*".

Ley 25/2010 - Comunidad Autónoma de Cataluña. (29 de Julio de 2010). "*del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*".

Ley 5/2011 - Comunitat Valenciana. (1 de Abril de 2011). "*de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*".

Ley 7/2015 - Comunidad Autónoma del País Vasco. (30 de Junio de 2015). "*de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*." Comunidad Autónoma del País Vasco.

Ley 84 de 1873. (1873). *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*.

Ley Foral 3/2011 - Comunidad Foral de Navarra. (17 de Marzo de 2011). "*sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*".

- Ley Orgánica 1/1996. (15 de Enero de 1996). "*de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*". Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069&b=3&tn=1&p=19960117#ci>
- Ley Organica 8/2015. (22 de Julio de 2015). "*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*". Obtenido de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222
- LOI n° 2002-305. (4 de Marzo de 2002). "*relative à l'autorité parentale.*". Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000776352#:~:text=«%20EIl e%20appartient%20aux%20père%20et,respect%20dû%20à%20sa%20personne>
- Pabón Parra, P. A. (2018). *Código de la Infancia y la Adolescencia – Esquemático.*
- Parra Benítez, J. (2017). *Derecho de Familia.* Bogotá.
- Ramos, E. (31 de Enero de 2024). *Women for Women France.* Obtenido de Custodia de menores entre padres separados o divorciado.
- Suárez Franco, R. (2017). *Derecho de Familia. Tomo I. Régimen de las Personas.* .
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. (21 de Septiembre de 2023). " D., F. A. c/ N. ,L. s/ cuidado personal y régimen de comunicación." 21 de Septiembre de 2023. Causa:134909.
- Torrado, H. A. (2020). *Derecho de Familia. Matrimonio, filiación y divorcio.*
- Tribunal Constitucional. (2016). *Sentencia 82/2016.* Obtenido de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-5194
- Tribunal Supremo. (2013). *Sentencia No. 257/2013.* Obtenido de <https://vlex.es/vid/guarda-custodia-compartida-jurisprudencial-438316050>

Tribunal Supremo. (2014). *Sentencia STS 515/2015*. Obtenido de <https://vlex.es/vid/540754218>

Tribunal Supremo. (2014). *Sentencia STS 616/2014*. Obtenido de <https://vlex.es/vid/544422862>

Tribunal Supremo. (2016). *Sentencia STS 115/2016*.

Vargas Pinzón, M. (2024). *Derecho de Familia y Lecciones sobre Tributación. Tomo II. De los Hijos*.