

LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA:
ELEMENTOS FUNDANTES DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN

*JOINT CUSTODY IN COLOMBIA: FOUNDING ELEMENTS OF A
NEW CONCEPTION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 382-409



Esperanza
CASTILLO
YARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de junio de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

RESUMEN: Las familias como unidades sociales se transforman, pero el vínculo que se da entre padres e hijos menores de edad permanece en el tiempo; por eso, es importante el estudio de la custodia. La institución jurídica de la guarda y custodia compartida carece de regulación en Colombia; su reconocimiento a nivel jurisprudencial por la reciente sentencia STC12085-2018 de la C.S. de J., permite un acercamiento a la positivización de la figura y lleva a analizar los retos actuales en el Derecho de Familia.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; criterios de atribución; responsabilidad parental; interés superior del niño.

ABSTRACT: *Families as social units are transformed, but the bond between parents and minor children remains over time; that is why the study of custody is important. The legal institution of joint custody lacks regulation in Colombia; it is recognition at the jurisprudential level by the recent judgment in STC12085-2018 of the C.S. de J., allows an approach to the positivization of the figure and leads to an analysis of the current challenges in Family Law.*

KEY WORDS: *Joint custody; attribution criteria; parental responsibility; the best interests of the child.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II POSITIVIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA ¿SE ALCANZÓ EL OBJETIVO?- III. UNA LUZ EN EL CAMINO: LOS NUEVOS DERROTEROS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL.- I. La Sentencia de 18 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.- 2. La Sentencia de 20 de septiembre de 2018 de la Corte Constitucional.- IV. ENFOQUE ACTUAL Y RETOS DEL FUTURO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La custodia compartida no es una figura jurídica nueva en el Derecho de familia colombiano. En Colombia, su adopción se venía dando en el marco de un acuerdo entre los progenitores. En el ámbito jurisprudencial no constituía la alternativa principal, sino un camino posible cuando ambos padres contaban con las condiciones propicias para garantizar los derechos de sus hijos. La Corte Suprema de Justicia reconoce la custodia compartida como regla general en la Sentencia STC12085-2018, lo cual fija un nuevo paradigma en la materia.

La típica familia conformada por padre, madre e hijos - que era en Colombia el común denominador décadas atrás-, perdió importancia. No es extraño que aparezcan otras formas de organización familiar y en todas resulta fundamental el vínculo entre padres e hijos, o entre los niños y algún adulto a su cargo¹. Por lo tanto, la custodia es una institución jurídica que debe ser abordada por los Estados a fin de asegurar los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes de su nación.

Con independencia del tipo de familia que se trate, el vínculo entre padres e hijos resulta ser importante para determinar el tiempo, modo y lugar en que los padres se encargarán del cuidado personal y custodia de sus hijos. De igual forma, es relevante el vínculo generado entre los menores con otros miembros de la familia, para decidir a quién se le otorga la custodia. En cualquier caso, el conflicto jurídico generado como consecuencia de las dificultades para determinar la custodia, constituye un asunto de competencia de la jurisdicción de familia.

1 Departamento Nacional de Planeación. Observatorio de Familia. “Tipología de familias en Colombia Evolución 1993 -2014”, 2015, p. 10.

• Esperanza Castillo Yara

Doctoranda en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca. Abogada y magíster en Educación de la Universidad del Tolima. Investigadora del grupo Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. ORCID ID: 0000-0003-0970-4269. Correo electrónico: esperanzacy@gmail.com

La Carta fundamental del Ordenamiento jurídico colombiano consagra disposiciones referentes a la importancia de la familia, la igualdad de sus miembros y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En su art. 5 "reconoce la familia sin discriminación alguna y la ampara como institución básica de la sociedad"; además, en el art. 42 insiste en la idea de que "la familia es núcleo fundamental" y deja en manos del legislador la regulación de la progeneritura responsable. Por su parte, el art. 43 dispone "iguales derechos y oportunidades a mujeres y hombres", lo cual debe reflejarse también en las decisiones relacionadas con sus hijos.

El art. 44 de la Constitución establece los derechos fundamentales de los niños, dentro de los cuales destaca el de "tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión". Frente a los adolescentes en el art. 45 plantea "la protección y formación integral". La posibilidad de otorgar cuidado personal y custodia tratándose de niños o adolescentes, depende de los factores que representen mayores beneficios para su integridad y formación. Otrora la asignación de custodia monoparental, resultaba ser la regla general y no la excepción. Así se creía garantizar el derecho a tener una familia, pues bastaba con reglamentar un régimen de visitas al progenitor no custodio.

En este contexto, no podemos olvidar que el punto de partida ha de ser siempre el principio del interés superior del menor, consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño. Dicho principio ha sido establecido por la Corte Constitucional como criterio fundamental, para garantizar la prevalencia de derechos en razón a la edad de los niños, niñas y adolescentes -sujetos de especial protección constitucional-. Se parte de considerar que este grupo poblacional requiere especial atención porque se encuentra en una situación propensa a que se le vulneren sus derechos, así como también se considera que se debe acompañar el proceso de crecimiento para que puedan tomar decisiones adecuadas para su vida, siguiendo el camino de la adquisición progresiva de capacidad².

Colombia como Estado parte de la convención, cuenta con la gran responsabilidad de garantizar la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes a través de sus decisiones judiciales, administrativas, legislativas e institucionales. Por eso, mediante la ley 12/1991, Colombia adopta la Convención y posteriormente aprueba la ley 1098/2006, denominada Código de la Infancia y la Adolescencia, en la que eleva a sujeto de especial protección a los niños y adolescentes, y desarrolla los conceptos de corresponsabilidad, responsabilidad parental, custodia y cuidado personal, que eran apenas referidos en el Código Civil.

2 DAZA ROJAS, J.M.: "Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, 2018, núm. 34, p. 80.

Las disposiciones relativas a la igualdad empezaron a incorporarse en el Código Civil, antes de 1991; por ejemplo, el Decreto 2820/1974 “por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones” fijó la potestad parental en cabeza de ambos padres, lo cual significó la igualdad de derechos y deberes sobre los hijos no emancipados, además de establecer la dirección conjunta del hogar y del sostenimiento de la familia; y el Decreto 772/1975 modificó el Código Civil al establecer que ambos padres debían encargarse conjuntamente de la crianza y la educación de sus hijos.

En relación con el cuidado y custodia, el Código Civil dispone en el art. 253 que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. Lo cual significa que la progenitura responsable deriva del ejercicio de la custodia y el deber de cuidado personal de los hijos por parte de ambos progenitores, y excepcionalmente, a uno de éstos. Ahora bien, en caso de que los padres presenten inhabilidad física o moral, el art. 254 establece “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos”.

El Ordenamiento civil pasó de un modelo patriarcal con criterios legales hermenéuticos propios de los códigos civiles del siglo XIX a uno producto de la interpretación y, en consecuencia, reconstrucción de estos, para estar a tono con sistemas sociales y familiares más democráticos³. Pretende que el niño o adolescente cuente con las condiciones idóneas para su crecimiento y formación; que las decisiones de cuidado personal y custodia se orienten a que el menor de edad no sufra una ruptura de sus vínculos afectivos. En principio, los hijos deben permanecer con ambos progenitores, pero en atención a las particularidades de los casos que se examinen en un tribunal, debe optarse por la decisión que salvaguarde el eje rector del interés superior del niño.

Como puede verse, el Ordenamiento jurídico colombiano hace referencia a la responsabilidad parental, habla de la protección de menores de edad, prevé una jurisdicción encargada de dirimir los conflictos que se suscitan en el seno de la familia, pero no hace una especial mención del tipo de custodia que se puede otorgar en los casos concretos, ni mucho menos contempla expresamente la institución de la custodia compartida. Ahora bien, el hecho de que la normativa no recoja esta forma de guarda no significa que la custodia compartida sea una figura jurídica nueva en el Derecho de familia colombiano. En Colombia, esta fórmula, a pesar del silencio de la ley, se venía adoptando en el marco de un acuerdo entre

3 HERRERA, M. y LATHROP, F.: “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana”, *Revista de Derecho Privado*, 2017, núm. 32, p. 145.

los progenitores. Tampoco era desconocida en el ámbito jurisprudencial, mas no constituía la alternativa principal; era únicamente un camino posible cuando ambos padres contaban con las condiciones propicias para garantizar los derechos de sus hijos. El administrador de justicia tenía en sus manos determinar la decisión que resultara más conveniente a los intereses de los hijos, que se encuentran involucrados en las controversias jurídicas que le corresponde examinar.

Ante esta situación, en el presente trabajo nos proponemos abordar las vicisitudes que la custodia compartida está experimentando en Colombia. Comenzaremos analizando cómo esta figura pudo incorporarse al Ordenamiento colombiano mediante el malogrado proyecto de ley Número 249/2008, para detenernos a continuación en el estudio del precedente que han sentado en la materia la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia- órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional y ordinaria-, al reconocer en su jurisprudencia que la custodia compartida debe ser la regla general; seguidamente, se estudia. Finalmente, pondremos de relieve qué ocurre en la actualidad con el régimen de la guarda y custodia en Colombia e incidiremos en algunos de los retos que esperan a la familia, la sociedad y el Estado.

II. POSITIVIZACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA ¿SE ALCANZÓ EL OBJETIVO?

Ninguna disposición colombiana consagra hoy por hoy la figura de la custodia compartida; ello no significa, sin embargo, que no se haya presentado ninguna iniciativa legislativa a tal fin. En este sentido, cabe señalar que en el año 2008 se presentó el proyecto de ley número 249/2008 “por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores” para su discusión en el Senado de la República. Dicho proyecto contenía nueve artículos, en los cuales se establecía una custodia alternada por periodos iguales de tiempo entre el padre y la madre, en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio.

La negativa experiencia de la legislación sobre divorcio o separación y los estudios realizados en diversos países para aquella época, demostraban que el interés del niño era incompatible con el sistema de custodia exclusiva que se aplicaba en Colombia; se requerían cambios legales profundos que dieran paso a nuevas fórmulas de compartición de la responsabilidad parental⁴. El país se enfrentaba además a la falta de regulación en relación a diversas materias de Derecho de familia -matrimonio civil y uniones maritales entre personas del

4 Senado de la República de Colombia: “Proyecto de Ley número 249 de 2008 Por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores”, *Gaceta del Congreso*, vol XVII, núm. 97, p. 8.

mismo sexo, adopción complementaria, particularmente-, que no se ajustaban a los paradigmas tradicionales y tampoco tenían un lugar en la legislación interna.

La iniciativa legislativa tomaba como punto de partida la igualdad de derechos y obligaciones entre ambos padres, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y la responsabilidad parental; ésta última, según el art. 14 del Código de Infancia y Adolescencia, constituye "Un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos."

Así las cosas, la responsabilidad parental exigía que se estableciera una fórmula para que ambos padres asumieran su rol en el cuidado y custodia de sus hijos. Elementos a tener en cuenta, a estos efectos, eran la estabilidad emocional que generaría estar con ambos progenitores, la posibilidad de los padres de presentar de mutuo acuerdo un plan de custodia al juez de familia, el tiempo de convivencia que permita al niño el mayor disfrute, la presencia y cuidados de ambos padres. En este sentido, parece que los intercambios deberían ser más frecuentes en edades tempranas, mientras que tratándose de adolescentes los tiempos de permanencia con cada uno de los progenitores podrían espaciarse más.

El art. 23 de la Ley 1098/2006 establece que los infantes y adolescentes tienen "el derecho a que sus padres, de forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su cuidado". El carácter de permanencia se refiere a que la interacción entre padres e hijos sea prolongada y de calidad, que no se vea interrumpida por la ruptura que se pueda llegar a generar en la relación de pareja, o por las distancias al fijarse residencias en lugares remotos uno de otro. Así que la permanencia radica en que el niño o niña, no tendrá que vincularse a todas las personas que aparecen en sus vidas, pero sí a sus padres, que como sujetos más próximos se constituyen en referente de su desarrollo.

No importa entonces la composición de la familia, ya que esta responde a nuevas realidades sociales y por lo tanto se configura en una u otra forma; según plantea HORNO, resulta fundamental el vínculo afectivo que se genera entre los padres y los hijos, porque puede incidir en las demás relaciones sociales que estos últimos mantengan; lo que importa, es que no se base su convivencia en una mera interacción, ya que esto hace que se pierda sentido psicológico y evolutivo⁵.

5 HORNO GOICOECHEA, P.: "Desarrollo del vínculo afectivo", en AA.VV.: *Curso de Actualización Pediatría 2008*. (coord. por C. MARTÍNEZ GONZÁLEZ), Exlibris Ediciones, Madrid, 2008, pp. 303-310.

Por lo que se refiere al carácter solidario del cuidado que deben asumir los padres según el Código de la Infancia y la Adolescencia, cabe señalar que tiene que ver con el deber de los padres de participar de forma dual. Esto se materializa, por ej., en la distribución equitativa de los alimentos, siempre bajo el marco de la situación económica de los padres y del tiempo que van a estar directamente con sus hijos. Por ello, al tratarse de una custodia compartida debe procurarse la igualdad, en términos de no otorgar diferencias o privilegios a los sujetos en igualdad de circunstancias, debería suponer que en el momento de aplicar la ley no se violen los derechos de aquellos que están en situaciones de vulnerabilidad, como ha ocurrido con las mujeres, en el caso de la prestación de alimentos para los menores cuando ellas tienen la custodia⁶.

El régimen de custodia alternada se contemplaba en el proyecto de ley como regla general; mas, tal regla podía modificarse a la vista de las circunstancias del caso concreto, en búsqueda de la prevalencia del interés superior del niño, niña o adolescente. En este sentido, el inciso segundo del artículo 5 de la propuesta, preveía la suspensión, disminución o incluso restricción del régimen cuando por causas de extrema gravedad se dejaran en peligro la seguridad o salud del hijo; tales causas debían ser apreciadas por el Juez de Familia.

Además, establecía las causales por las cuales se perdía la custodia y cuidado personal de forma definitiva y temporal. Pretendía el legislador instruir a los jueces sobre cuál era la persona en mejores condiciones para asignarle la custodia. En sede judicial, correspondía al juez fijar el régimen de visitas para el progenitor durante el tiempo que no contara con la custodia. De este modo, eran fijadas las pautas para el cumplimiento del deber de atención personal y las consecuencias del incumplimiento de los deberes paternos.

Pese a sus aspectos positivos, especialmente, la coparticipación en el desarrollo de las funciones parentales; el proyecto de ley número 249/2008 no ofrecía una definición clara del tipo de custodia que pretendía reglamentar, e involucraba indistintamente en sus preceptos la custodia alternada y compartida. Así pues, no estaba claro si se trataba de la atribución de un régimen de cuidado personal compartido bajo modalidad indistinta o alternada, o simplemente una distinción entre la custodia compartida de la exclusiva.

Es bien sabido -según explica Guillarte Martín-Calero- que “el sistema de guarda exclusiva implica la atribución de la titularidad de la potestad de guarda a uno de los progenitores, correspondiéndole al otro un régimen de comunicación y estancia fijado de común acuerdo por los padres o, en su defecto, por la autoridad

6 JARAMILLO SIERRA, I.C. y ANZOLA RODRIGUEZ, S. I.: *La batalla por los alimentos: El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Ediciones Uniandes - Universidad de los Andes, Bogotá, 2018, p. 29.

judicial”. La guarda y custodia compartida o alternativa en España constituye un modelo más de guarda; en su opinión, con el tiempo terminará convirtiéndose en el “modelo principal de guarda y custodia, pues es el que mejor responde a las necesidades de una sociedad moderna, en la que hombre y mujer comparten durante la vida común, funciones y responsabilidad, de suerte que, producida la ruptura, estas funciones y esta responsabilidad debe alcanzarles por igual”⁷.

Para autores como, Becerril, Duarte, Arboleda y Díaz, hay tres tipos básicos de custodia: Exclusiva, concedida a un solo progenitor; partida, que suele sustituir un acuerdo original de custodia conjunta; y conjunta, que implica a ambos progenitores en la crianza de los hijos⁸. Por su parte, Fariña, Seijo, Arce, y Vázquez hacen referencia a que la custodia compartida obedece a situaciones difíciles de concretar en una única categoría; por lo tanto, la custodia exclusiva, custodia partida y custodia conjunta podrían encajar dentro del concepto general de custodia compartida⁹. En el caso chileno, el cuidado personal compartido – en que la residencia es indistinta, alternada o conjunta-, se concede un tipo de cuidado personal que solo puede ser de común acuerdo- y es un tipo específico de cuidado personal, denominado como custodia conjunta. Es decir, que en este caso, se trata de un sistema de custodia conjunta como regla general de atribución judicial frente al conflicto de los padres, que otorga la custodia personal a uno de ellos¹⁰.

En materia de guarda y custodia compartida la STS 8 octubre 2009¹¹, reiterada en la de 10 y 11 de marzo de 2010¹², establece: “Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada

7 GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Criterios de atribución de la custodia compartida”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm.3, p. 10. A diferencia de lo que sucede en el Derecho catalán o en el Derecho aragonés, el CC español optó por dotar al modelo de la guarda y custodia compartida, “en su atribución judicial, de un carácter subsidiario y, casi, excepcional, al rodearlo de numerosas exigencias y cautelas, primando al modelo de guarda exclusiva”. En su fijación convencional, sin embargo, guarda exclusiva y custodia compartida se encuentran en pie de igualdad. Los padres pueden elegir entre un modelo u otro sin necesidad de justificar su elección; el juez, en cambio, de acuerdo con la redacción dada en 2005 al art. 92, no podía fijar un modelo de custodia compartida si no lo había solicitado una de las partes, existía informe favorable del ministerio fiscal y se daban los condicionantes de orden fáctico que hicieran presumir que el régimen establecido era el más adecuado y el que mejor permitía proteger el interés del menor. La exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal fue declarada inconstitucional por STC de octubre 17 de 2012.

8 BECERRIL, D., DUARTE, J., ARBOLEDA, M., y DÍAZ, M.: “Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos”, *Reis*, 2001, núm. 95, p. 221.

9 FARINA, F., SEIJO, D., ARCE, R., y VÁSQUEZ, M.J.: “Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma”, *Anuario de Psicología jurídica*, 2017, vol. 27, núm.1, p. 109.

10 BARCIA LEHMANN, R.: “Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, 2017, núm. 32, p. 223.

11 STS 8 octubre 2009 (RJ 2009, 4606)

12 STS 10 marzo 2010 (RJ 2010, 94), STS 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340)

uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los art.76.l.b y 139 del Codi de Família de Catalunya).”

El proyecto de ley colombiano se proponía introducir un sistema de custodia compartida semejante al consagrado por la Ley 15/2005 en España; establecía que la custodia compartida podía concederse por acuerdo de los progenitores, refrendada por el juez de familia o a falta de acuerdo, que fuera solicitada por uno de ellos. La iniciativa incurría en el mismo punto crítico del art. 92.8 CC español, no se entendía el nuevo régimen de custodia como normal sino como excepcional, pues un criterio de atribución era necesariamente el interés de los padres o uno de ellos a que se fijara la custodia compartida. Afortunadamente para el ordenamiento Español, el Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial - STS 29 abril 2013, 2 julio 2014, 16 febrero 2015, 17 marzo 2016-¹³, estableció que no es una medida excepcional faltando acuerdo.

El problema residía en que el proyecto de ley 249/2008 procuraba unos límites inciertos, toda vez que no estaba claro el tipo de custodia compartida que el legislador buscaba regular, régimen que circunscribía exclusivamente a tres supuestos –la separación, el divorcio y la nulidad del matrimonio-; dejaba fuera, pues, situaciones diversas de las familias como, por ejemplo, la de los hijos de padres que nunca hubieran tenido convivencia, a pesar de ser una configuración de familia igualmente importante en los nuevos contextos sociales del siglo XXI. Más allá del tipo de custodia que se establezca, es importante que la legislación interna determine los presupuestos jurídicos, criterios de interpretación y circunstancias materiales, que deben darse para que se perfeccione la modalidad de custodia regulada; y no simplemente signifique una división de la permanencia de los hijos con los padres en un 50%, que pudiera recibir cualquier denominación.

Los términos de custodia y cuidado personal se empleaban como sinónimos, pero sus implicaciones son diferentes. La custodia del hijo implica vínculos de derecho y, de hecho, derechos y facultades y situaciones puramente materiales, que deben considerarse en cada caso. Es la tenencia misma del menor¹⁴. Por su parte, el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, corresponde a los dos padres y, en atención a lo dicho por la Corte, a la familia en general. Así pues, aquel a quien corresponden las visitas debe garantizar también el cuidado

13 STS 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269), STS 2 julio 2014 (RJ 2014,4250), STS 16 febrero 2015 (RJ 2015, 564), STS 17 marzo 2016 (RJ 2016, 1339).

14 PARRA BENÍTEZ, J.: *Derecho de familia*, segunda edición, Temis, Bogotá, 2018, p. 545.

personal; no puede desligarse de su responsabilidad dejando a quien tiene la custodia la obligación de estar al tanto del hijo; si no fuera así, la reglamentación de visitas se convertiría en una forma de mantenerse desprendido de los asuntos propios de sus hijos.

El juez de familia, por su parte, debía refrendar la custodia en caso que de consuno fuera acordada en conciliación prejudicial. Olvidaba el legislador en este punto, que el Defensor de Familia -dentro de sus atribuciones-, debe aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño (art. 82 No.9 Ley 1098/2006). Conferir tal tarea a la jurisdicción desvirtúa la conciliación como instrumento de paz, que permite la participación de los actores en conflicto y secundariamente apoya la administración de justicia en su descongestión y/o crisis, que por tantos años ha sufrido¹⁵.

Este proyecto, sin embargo, se quedó en iniciativa, pues en debate de la Comisión primera del Senado fue desestimado y se aprobó su archivo. El legislador consideró que “no era conveniente para los menores asignar la custodia con un simple criterio de equidad, basado en los derechos de los padres, mas no en los prioritarios de los hijos. La custodia debía basarse en diagnósticos, conceptos sociales, evaluaciones psicológicas y, si es del caso, en pruebas psiquiátricas realizadas por expertos. Adicionalmente, la forma en que estaba planteado, imponía el régimen de custodia compartida en todos los casos, lo cual resultaba inconveniente y podrían vulnerarse derechos de los niños, niñas y adolescentes a quienes se les impusiera dicho régimen, y de los padres, cuando no estuviesen en condiciones de asumirla o ella no fuere aconsejable”¹⁶.

Este pronunciamiento favorable al archivo del proyecto de ley presenta reparos; como se analizó líneas atrás, se proponía la custodia compartida como la fórmula más favorable para garantizar el interés del menor; ello no significaba, que el administrador de justicia tuviera que adoptarla en todo caso. Además, el articulado contemplaba la suspensión, la disminución y la restricción del régimen de custodia; por lo tanto, el juez debía proteger a todas luces el interés superior, lo cual estaba dirigido a las situaciones particulares en que no fuera recomendable optar por la custodia compartida.

En síntesis, a nivel legislativo, en Colombia, solo se ha dado un acercamiento fallido a la custodia compartida en el año 2008, justo cuando otros Ordenamientos

15 ILLERA SANTOS, M.J.: “Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de justicia en Colombia”, Tesis doctoral dirigida por Juan Ramón de Páramo Arguelles. Universidad de Castilla-La Mancha (2018), p. 175. En <https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.unibague.edu.co/servlet/tesis?codigo=150041>

16 Senado de la República de Colombia: “Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley número 249 de 2008 por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores”, *Gaceta del Congreso*, vol XVII, núm. 393, p. 10.

jurídicos regulaban la materia¹⁷. Aunque tanto la iniciativa como la ponencia para primer debate se dirigían a que prevaleciera el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, el tema fue estudiado desde dos ópticas distintas, que tuvo como resultado el archivo del proyecto, al no lograr confluir el análisis hecho al respecto desde las dos aristas.

En realidad, el proyecto de ley número 249/2008 habría podido ser adecuado, a fin de zanjar el vacío del sentido de la custodia compartida como régimen general y no de carácter obligatorio; podrían haberse precisado las causales de pérdida de la custodia, la forma de recuperarla, la extensión a otras situaciones familiares y esencialmente se hubiesen establecido los presupuestos legales para adoptarla. De modo que, “la legislación fuera proclive a aceptar una mayor autonomía de los progenitores en materias que podrían impactar la vida de los hijos después de la ruptura, pero cuando no se arribara a acuerdos, la intervención del juez y su equipo interdisciplinario debía ser imperiosa”¹⁸.

III. UNA LUZ EN EL CAMINO: LOS NUEVOS DERROTEROS DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL.

I. La Sentencia de 18 de septiembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia.

Diez años después del intento legislativo de llevar a mandato legal la custodia compartida, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en su Sentencia STC12085-2018, ha reconocido la posibilidad de acudir a esta figura¹⁹. En dicha resolución -proferida al resolver, en segunda instancia, una acción de tutela impetrada contra un despacho judicial, que decidió atribuir la custodia y cuidado de manera compartida y alterna a padre y madre-, el alto tribunal señala los criterios que las autoridades judiciales, administrativas y legislativas deben tener en cuenta en relación con la atribución de la custodia. Expongamos brevemente el supuesto de hecho.

La accionante había promovido proceso de custodia y cuidado personal de su hijo, contra el padre del menor. El Juzgado de Familia de Soacha dictó sentencia asignando de manera compartida la custodia y el cuidado personal del menor a ambos padres. La decisión se fundamentó en el acervo probatorio: entrevista hecha por la trabajadora social al niño; las visitas sociales practicadas a las residencias de ambos progenitores, que arrojaban contar con las condiciones óptimas

17 A saber, en España, Ley 15/2005, de 8 de julio; en Italia, Ley 54/2006, de 8 de febrero; en Francia, Loi N° 2002-305, du 4 mars; Argentina art. 649 y 650 Código Civil y Comercial.

18 HERRERA, M., y LATHROP, F.: “Relaciones jurídicas”, cit., pp. 143-173.

19 CS de J 18 septiembre 2018. STC 12085-2018.

habitacionales requeridas; y los dictámenes psicológicos, que daban cuenta de la condición sana mental, personal y laboral de los mismos.

A la vista de la sentencia, la mujer interpuso acción de tutela en nombre propio y en representación de su hijo contra el Juzgado de familia de Soacha, con base en lo dispuesto en el art. 1 del Decreto 2591/1991, que dispone: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto"; en su sentir, se habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y a tener una familia y no ser separados de ella. La accionante consideraba que el Despacho judicial no había tenido en cuenta la opinión del menor, pues en el proceso de cuidado y custodia de su hijo, promovido en el Juzgado de familia de Soacha, constaban entrevistas en las que el niño había manifestado su deseo de vivir con ella; en consecuencia, el operador judicial no debía haber optado por otorgar la custodia a ambos progenitores, sino que debería haberla asignado en q exclusiva a la madre accionante, máxime cuando la decisión significó que inicialmente el padre continuara deteniendo la custodia, al tiempo que a ella se le fijó cuota alimentaria y reguló las visitas.

En el trámite de tutela de primera instancia, el Juzgado de familia de Soacha, en calidad de accionado, manifestó que la decisión cuestionada, se ajustaba a la normatividad aplicable al caso concreto y al análisis en conjunto de los medios probatorios allegados al expediente. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)²⁰, en calidad de vinculado al proceso, manifestó, por su parte, que la custodia compartida generaría al niño confusiones para identificar la figura de autoridad. Finalmente, el *a-quo* constitucional denegó el amparo de tutela, pues consideró que la sentencia cuestionada no era arbitraria por dos razones: la primera, el fallador analizó las visitas domiciliarias realizadas a los progenitores; y la segunda, atendió el querer del niño, quien en las diferentes entrevistas realizadas manifestó su interés de permanecer con ambos padres y no solo con la madre; como la accionante indicaba.

La decisión fue impugnada, correspondiendo a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resolver en segunda instancia. El Tribunal confirma la decisión y, como consecuencia, deniega el amparo; sustenta su fallo, en que el Juez de familia de Soacha encausó la decisión de asignación de custodia compartida

20 Establecimiento público descentralizado del Estado Colombiano que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia.

de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, y adicionalmente, plantea elementos importantes en materia de custodia compartida.

Hasta este momento, durante largo tiempo, la jurisprudencia había preferido otorgar la guarda y custodia únicamente a uno de los dos progenitores y concedía al otro, un régimen de visitas. Idéntico planteamiento seguían la doctrina y las autoridades estatales. MEDINA PABÓN, afirmaba, por ejemplo: “Como los hijos son indivisibles y el cuidado de los menores es permanente, no hay otra fórmula que asignar a uno de los padres la custodia de ellos; por fuerza, tendrá que ser el que más ventajas tenga para los hijos, atendiendo a las condiciones propias de cada padre y de cada hijo. En estricto Derecho, son las partes, y en su defecto, el juez, quien determina cuál de los padres se encarga de la custodia, en el evento de conflicto tendrá que apoyarse en el criterio de los expertos”²¹.

Por su parte, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), advertía la posibilidad de que se estableciera un régimen de visitas al padre no custodio, como alternativa ante la imposibilidad de que ambos padres contaran con el cuidado y custodia de sus hijos. Al respecto, en concepto 94/2015 este establecimiento concluía: “(i) Los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad deben ejercerlos conjuntamente los padres, no existen restricciones legalmente establecidas para un padre de familia que cumple con todos sus deberes como tal, es pertinente resaltar que siempre prevalece el bienestar e interés superior del niño, niña o adolescente. (ii) En Colombia no se encuentra reglamentada la custodia compartida, motivo por el cual, en caso de que uno de los padres no ejerza la custodia de su hijo, podrá solicitar a la autoridad competente la reglamentación de las visitas”²².

A la vista de tales circunstancias, la Corte Suprema de Justicia denegó el amparo de tutela y señaló que es posible otorgar la custodia compartida. Sienta así un importante precedente en el Derecho de Familia Colombiano y pone de manifiesto la influencia de la jurisprudencia en las grandes transformaciones del sistema jurídico, siempre que la legislación no resulta ser suficiente para atender las transformaciones y problemáticas sociales. Destacables, en este punto, son también las sentencias de la Corte Constitucional C-239-2014 y C-569-2016; en ellas, el tribunal admite la posibilidad de establecer un régimen de custodia compartida pero no indica que esa deba ser la regla general²³, que es lo que sostiene la Corte Suprema de Justicia en la resolución objeto de análisis.

21 MEDINA PABÓN, J.E.: *Derecho Civil Derecho de familia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2018, p. 655.

22 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 94, 29 julio 2015.

23 C. Constitucional Sentencia 9 abril 2014 C-239-14, Sentencia 19 octubre 2016 C-569-16

Ahora bien, es necesario examinar cuáles son los argumentos utilizados por el referido tribunal para justificar el establecimiento del régimen de custodia compartida, no sólo cuando el acervo probatorio da cuenta de tal posibilidad o cuando los padres de consuno la pactan:

- Dado que se trata de un menor de 18 años, es esencial observar su capacidad de ejercicio progresiva. El sentir del niño o adolescente es de suma importancia, a fin de interpretarlo para buscar la mejor forma de contribuir a su consolidación como ser autónomo. Así las cosas, cuando se debate la custodia compartida, tal capacidad permite convalidar el desarrollo de una historia familiar, con miras a la estabilidad que el infante requiere para su buen desarrollo emocional y material.

- La ausencia de disposiciones normativas al respecto no son impedimento para admitir la custodia compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, ya que esto resulta connatural a la progenitura responsable. Además, el cuidado personal del niño, niña o adolescente no sólo corresponde a sus ascendientes, sino también a quienes convivan y compartan con ellos en su contorno cotidiano, en el sentido amplio de la familia.

- El vínculo familiar debe privilegiarse. Se trata de la posibilidad de que el niño disfrute principalmente de la presencia de ambos ascendientes, dado que el apoyo y el amor que le pueden proporcionar son necesarios para su crecimiento. Este criterio ha estado presente incluso cuando se procuraba la custodia monoparental, dado que, al establecer una reglamentación sobre las visitas, se pretendía con ello no desnaturalizar la relación padre-hijo o madre-hijo según correspondiera.

- Los padres deben contar con las capacidades físicas y psicológicas para que puedan establecer una relación directa con sus hijos. De este modo, se pretende garantizar las prerrogativas y necesidades de los infantes y adolescentes; la decisión dependerá de los resultados obtenidos de las pruebas psicotécnicas, que se considere necesario practicar en el proceso judicial de custodia.

Con estos argumentos, concluye la Corte Suprema de Justicia que no se trata de imponer un régimen de custodia compartida, sino de formular una regla general que debe seguirse para que niños y adolescentes puedan crecer rodeados del mayor contacto, amor y orientación de ambos padres. Esto no significa que la custodia no pueda otorgarse a uno solo de los progenitores; la custodia monoparental será bien recibida, cuando con ella se busque garantizar los derechos de los hijos y se adopte atendiendo a su interés superior.

Pese a todo lo manifestado, no puede pasarse por alto que el pronunciamiento de la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia se dio en sede de tutela y esto lleva a la reflexión sobre los efectos de este tipo de sentencias. Pues bien, al

tratarse de una sentencia que resuelve una acción de tutela, sus efectos son inter partes, por lo tanto, los efectos no van más allá del caso objeto de estudio. Sin embargo, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que, además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.²⁴

De ahí la relevancia de la sentencia STC12085-2018 de la C.S. de J.: más allá de resolver la impugnación impetrada por la actora, funda la posibilidad de que la custodia compartida sea la regla general y no la excepción; fórmula totalmente aplicable de conformidad con la normativa interna. Por lo tanto, los administradores de justicia cuentan ahora con un referente para orientar sus fallos en los procesos de custodia y cuidado personal.

2. La Sentencia de 20 de septiembre de 2018 de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional Colombiana ha dejado en claro que su tarea es sumamente relevante al confiársele la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política²⁵. Por eso, a través de la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela, el alto tribunal realiza abstracciones para poder definir el caso que estudia, es decir, distingue de la multiplicidad de hechos que conforman el caso real, aquellos que considera relevantes para adjudicar el derecho²⁶; de este modo, asegura un control constitucional judicial en relación con la protección de derechos fundamentales.

Por eso, conviene traer a colación, en este punto, la sentencia de la Corte Constitucional T-384-18, dictada en sede de revisión²⁷, en la que adopta un criterio semejante al de la Corte Suprema de Justicia en relación con la custodia compartida, como regla general. Bajo la mirada de la progenitura responsable, el alto tribunal analiza el deber de custodia y cuidado personal frente a los hijos menores y relaciona la custodia directamente con el interés superior del menor y el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes.

El supuesto que da origen a la decisión constitucional que ahora nos ocupa puede resumirse como sigue:: por intermedio de apoderado judicial, la madre de familia presentó acción de tutela contra el Juzgado 1° Promiscuo de Familia de Los Patios; consideraba que con la decisión proferida por el juez, dentro del proceso

24 C. Constitucional. Sentencia 30 septiembre 2015 C- 621-15. Véase también Sentencia T – 439-00, Sentencia C-539-11, Sentencia C-816-11.

25 Art. 241 Constitución Política de Colombia

26 PULIDO ORTIZ, F.E.: "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista", *Revista Prolegómenos –Derechos y Valores*, 2011, núm. 1, p.170

27 C. Constitucional. Sentencia 20 septiembre 2018 T- 384-18.

verbal sumario de custodia y cuidado personal que ella había formulado contra el padre de sus hijos, se habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y del interés superior de los menores, al otorgar la custodia compartida.

En primera instancia, el órgano *a-quo* concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados, al considerar que el juzgado accionado había desatendido su deber de realizar una valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el plenario; advirtió, además, que algunos dictámenes contenían manifestaciones sobre la influencia negativa del padre en la conducta de sus hijos. El fallo fue impugnado por el padre de los niños, y el órgano el *ad quem* revocó la decisión, negando así la protección constitucional solicitada por la actora; justifica su decisión aduciendo que el juzgado accionado había apreciado y valorado los medios probatorios que obraban en el proceso, pudiendo concluir que ambos padres contaban con las calidades sociales y morales para tener el cuidado personal de sus hijos.

Al examinar el caso, la Corte constitucional considera que el juzgado había incurrido en defecto fáctico por vía omisiva, al valorar una prueba irregularmente introducida al trámite judicial, cual fue, el concepto psicológico entregado por el demandado sin que mediara decreto previo, recaudo efectivo, ni contradicción probatoria en el trámite judicial; y que tampoco había realizado una valoración del acervo probatorio en su integridad, explicando razonablemente por qué prefirió o se separó de determinados medios de prueba cuando ellos revelaban realidades que lucían contradictorias para decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los niños. En tal sentido, ampara los derechos fundamentales invocados y revoca la sentencia de segunda instancia.

En estas circunstancias, el fundamento jurídico se torna fundamental para comprender las razones por las cuales la Corte Constitucional orienta su jurisprudencia al reconocimiento de la custodia compartida. Tras estudiar los arts. 253 y 254 del Código civil y los arts. 10, 14, y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el alto tribunal afirma que ambos padres encargados del cuidado personal de los hijos 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”. Así las cosas, la custodia implica que ambos progenitores tienen el deber de criar, educar, orientar, conducir, formar en hábitos y costumbres a sus descendientes.

En armonía con las disposiciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño (1959), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Corte Constitucional señala que hay tres elementos esenciales de la custodia: “(i) que los niños, niñas y adolescentes deben permanecer con sus padres, salvo cuando sea contrario a su interés superior; (ii) que los hijos menores de edad tienen derecho a que ambos padres los cuiden y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos; y, (iii) que todas las medidas deben estar orientadas a conservar el espacio de comprensión y armonía que la familia le brinda al niño, lo cual significa, por regla general, conservar el lazo de cuidado y de amor por parte de ambos padres”.

Recordando su sentencia T- 442-94²⁸ -pronunciamiento que, aunque remoto, esbozaba ya lo que, veinticuatro años después, serían los elementos aplicables para el otorgamiento de la custodia con independencia de que se sea compartida o monoparental- , enuncia, como reglas aplicables para buscar solución a controversias de custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, las que siguen:

- Para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

- En cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado.

- La opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente.

- Las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella.

Consciente de la inexistencia de una regulación integral de la figura de la custodia compartida –la cual precisaría el establecimiento de unas pautas flexibles

28 C. Constitucional Sentencia 11 noviembre 1994 T- 442-94.

por parte del legislador-, se muestra a favor de dar un entendimiento sistemático y prevalente de los derechos de los hijos, conforme a las normas vigentes, de modo que toda decisión se ciña a tres pilares fundamentales: i) El principio de corresponsabilidad parental, (ii) el principio de igualdad parental y (iii) el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes. Sobre esta base la Corte Constitucional, entiende que:

- Los padres que por diversas razones no conviven juntos, pueden suscribir acuerdos conciliatorios de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos a partir de la progenitura responsable, así como de la igualdad de derechos y deberes que les asiste respecto de los hijos comunes.

- En el curso de los procesos de familia en los cuales se debe decidir sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores, el juez competente debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

- Si persiste entre los padres la controversia sobre la custodia y el cuidado personal de los hijos menores de edad, y tanto las autoridades administrativas como judiciales advierten que el contexto familiar y las condiciones fácticas no permiten conceder la custodia compartida, de acuerdo a la valoración probatoria que realicen, lo procedente será definir a qué progenitor se le asigna el ejercicio de la custodia monoparental y al otro padre o madre no custodio se le regulará el régimen de visitas y la cuota alimentaria a que haya lugar.

En este sentido, la Corte concluye en relación con los acuerdos de custodia compartida, "que deberían convertirse en la regla general"²⁹, pues se constituyen en herramientas jurídicas civilizadas que en mejor medida garantizan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y por tratarse de una conciliación se pueden suscribir fuera del proceso judicial previa aprobación del defensor de familia, o en el curso del trámite procesal bajo la dirección y vigilancia del operador judicial, quien debe propiciar el ambiente conciliatorio y exhortar a las partes para que superen el conflicto personal en beneficio de los hijos no emancipados e impedidos".

Con posterioridad, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre la materia. En sentencia T-443-18³⁰, -dictada también en sede de revisión de acción de tutela- la Corte Constitucional ha reiterado su planteamiento aunque el supuesto de hecho es distinto. En esta

29 La frase entrecomillada aparece como **negrita** en el texto original.

30 C. Constitucional 13 noviembre 2018 Sentencia T-443-18.

ocasión, el proceso de revisión se da en torno a la acción de tutela que promueve el padre de una menor contra el Cabildo Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe.

El accionante, miembro del referido cabildo indígena, consideró que, tanto su hija como él, se habían visto vulnerado su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella. En este caso, la madre de la menor había fallecido a causa de un accidente de tránsito y, en una conciliación voluntaria, el accionante y los abuelos maternos habían acordado que la custodia quedara entre los abuelos maternos y el padre biológico; posteriormente, sin embargo, los abuelos maternos se habían retractado y habían acudido al Cabildo Central para que, como autoridad mayor, definiera lo relacionado con la custodia de su hija; el órgano en cuestión resolvió atribuyendo la custodia a la abuela de la niña.

Ante esta situación, el actor presentó una petición ante el despacho del Cabildo Central, mediante la cual solicitaba la custodia definitiva de su hija. Pero la Gobernadora Mayor del Cabildo le negó la custodia definitiva de su hija menor de edad y determinó que, por el bienestar de la niña, la custodia debía ser entregada a sus abuelos maternos, pues, cuando la madre falleció, la menor de edad permanecía con ellos. Además, le reiteró que podía visitar a su hija y que, en cuatro años, el asunto de la custodia podría revisarse nuevamente.

Así las cosas, el juzgado de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela formulada por el accionante, al considerar que el mecanismo de amparo constitucional no puede utilizarse para controvertir decisiones de las autoridades indígenas. De otra parte, tampoco demostró la existencia de un perjuicio irremediable; precisó que no se cumplió con el requisito de inmediatez, pues el actor presentó la acción de tutela dos años después de que se produjeran los hechos. Inconforme con la decisión, el padre impugnó el fallo y en segunda instancia fue reiterada la posición del a-quo, resultando confirmada la sentencia.

En el caso, por las especiales circunstancias fácticas, el asunto de la custodia se definió entre los abuelos maternos y el progenitor, pues la niña desde su nacimiento había convivido con sus abuelos maternos, por lo que tenían un fuerte vínculo afectivo. La Corte Constitucional consideró finalmente que, la decisión de la Gobernadora Indígena Nasa Kwe'sx Yu Kiwe de entregar la custodia exclusivamente a los abuelos maternos, vulneraba los derechos fundamentales del accionante y de la niña a tener una familia y no ser separado de ella, así como su interés superior. Por eso, concedió el amparo de los derechos fundamentales y ordenó al cabildo indígena proferir una nueva decisión. Dos son los argumentos sobre los que la Corte Constitucional fundamenta su decisión:

- El cuidado de los menores de edad debe ejercerse conjuntamente por los padres; a falta de uno de ellos, le corresponderá al otro; ahora bien,

excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites.

- El derecho fundamental de los menores de edad de tener, conocer y relacionarse con sus progenitores obedece al hecho innegable del nexo que existe entre el desarrollo de la personalidad del niño y de su identidad con el afianzamiento de su certeza de que pertenece a un grupo familiar que lo quiere y apoya. Este conocimiento, desde la niñez, según los expertos, permite a las personas, y en particular a los menores de edad, elaborar su propia historia, reconocer en sus propios rasgos los de sus padres y sus hermanos. Por ello, privarlo de este conocimiento puede desembocar en problemas de identificación.

Por lo dicho hasta acá, parece defenderse una homogeneización de la custodia compartida por parte de los órganos de cierre de la Jurisdicción Constitucional y Ordinaria en Colombia. Después de que la Corte Suprema de Justicia proferiera la sentencia STC12085-2018, le siguió bajo la misma senda la Corte Constitucional con sus pronunciamientos T-384-18 y T-443-18. En este estado de cosas, se hace necesario precisar que la jurisprudencia ha armonizado la postura frente a la custodia compartida; así, como precedente vertical, fija una regla para los operadores de justicia que deban atender conflictos jurídicos en torno al cuidado personal y custodia.

IV. ENFOQUE ACTUAL Y RETOS DEL FUTURO.

A la vista del camino tomado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar también ha adoptado una postura más partidaria de la custodia compartida; el criterio sostenido en el concepto 34/2016³¹-que reforzaba el manejo de otorgarse la custodia solo a uno de los padres en caso de que no hubiese común acuerdo entre ellos- ha evolucionado hacia un concepto más ajustado a la nueva tendencia jurisprudencial.

En este sentido, el ICBF se pronuncia recientemente en su concepto jurídico 28/2019³², que, aunque no resulta de obligatorio cumplimiento para particulares o agentes externos, según la Ley 1755 de 2015, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren con la función administrativa de competencia de la entidad. El concepto plantea los dos siguientes aspectos fundamentales:

31 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 34, 18 abril 2016

32 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Concepto Jurídico núm. 28, 21 marzo 2019.

- Aunque los progenitores pueden compartir la custodia y cuidado personal de mutuo acuerdo o mediante la vía administrativa o judicial, esta no procede de forma mecánica, ni en todos los casos. Procede por regla general, siempre y cuando se encuentren aseguradas las condiciones físicas, psicológicas, de realización de los principios del interés superior de los niños y pro infans, y la realización efectiva de sus derechos fundamentales como el cuidado y el amor, y tener una familia y no ser separados de ella.

- Las autoridades administrativas o judiciales, teniendo en cuenta el análisis de cada caso particular, deben considerar como una opción preferente el régimen de custodia compartida e instar a los progenitores a apropiarla, como una manifestación de los principios de co-responsabilidad e igualdad parental y el derecho a la co-parentalidad de los niños, niñas y adolescentes. No debe perderse de vista que las decisiones que se adopten en materia de custodia, pueden revisarse con posterioridad si las circunstancias que la fundamentaron cambian.

La doctrina, por su parte, consciente de que ahora se debe optar por procurar la custodia compartida, sienta algunas bases. Los componentes de la figura jurídica, según PARRA BENÍTEZ, son dos: el de la bondad que ofrece la custodia compartida y el de la autorización legal. Respecto del primer asunto, no parece posible descartar a priori la custodia compartida, sin revisar si en el caso concreto puede esta ser ventajosa para el hijo. Acerca del segundo, en Colombia, se puede afirmar que la fuente de la custodia compartida se halla en la letra b) del numeral 5 del artículo 598 del Código General del Proceso, que regula medidas cautelares en procesos de familia, al disponer que junto con la admisión de la demanda, o antes, si hay urgencia, puede el juez decretar ciertas medidas, y entre estas se encuentra la de “poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de *ambos* ...”³³

Llegados a este punto, conviene llamar la atención también sobre el hecho de que, en las sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de justicia, se observa una alusión constante a la responsabilidad parental y a la capacidad de ejercicio progresiva. Desde una concepción jurídica contemporánea de la infancia, estos tribunales hablan de responsabilidades de los padres en lugar de potestades para con sus hijos, lo que supone abandonar el régimen de sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal. Surgen de este modo, nuevas figuras de asistencia, cooperación y vigilancia a partir de una graduación de la capacidad de autodeterminación del niño en consonancia a su autonomía; en aras de significar que mientras mayor sea esta última, menor será la intensidad de participación de un tercero³⁴.

33 PARRA BENÍTEZ, J.: “Derecho de familia, cit., p. 545

34 MONTEJO RIVERO, J.M.: “Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, núm. 2°, p. 29.

Sobre esta base, en la medida que el niño crece y es poseedor de un pensamiento abstracto, adquiere discernimiento para emitir su opinión en los asuntos que le afecten. En reconocimiento de la condición del niño como sujeto de derechos y ser humano con dignidad y con autonomía progresiva en la evolución de sus capacidades, el art. 26 de la Ley 1098/2006 establece que, “en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.” Disposición que guarda concordancia con el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño.

En tal sentido, los procedimientos judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos también deben involucrar la voluntad de los niños y adolescentes, -sujetos de corta edad que cuentan con una comprensión del mundo que debe ser acatada-. Al tratarse de la posibilidad de que los padres de común acuerdo pacten la custodia y regulación de visitas mediante conciliación, se ponen en consideración los intereses de los progenitores; en esta parte, toma especial relevancia el papel que desempeña el conciliador, al procurar que los progenitores valoren de igual forma, el querer de sus hijos.

En Colombia, la conciliación extrajudicial en derecho, en materia de familia puede ser adelantada, según lo prevé el art. 31 de la Ley 640/2001, “ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales”. Lo que el menor dice, conforme su grado de madurez, ha de constituir un aspecto importante en el proceso de reflexión que debe llevarse a cabo y quedar reflejado en el acuerdo conciliatorio.

Por lo que se refiere, a la conciliación en sede judicial, son competentes para conocer las cuestiones relativas a la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, los jueces civiles municipales en única instancia y los jueces de familia, según lo establecen los arts. 17 y 21 de la Ley 1564 de 2012. Cabe aclarar, que las decisiones que adoptan los mencionados juzgados no hacen tránsito a cosa juzgada material. Es decir, a diferencia de las sentencias que una vez firmes devienen inalterables, este tipo de decisiones pueden modificarse posteriormente, porque configuran cosa juzgada formal.

Así las cosas, la declaración de certeza que contienen las sentencias en materia de custodia y cuidado personal, es solamente interna en sus efectos y, por tanto,

provisional, pero no material ni externa³⁵. Una vez hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobar o acordar determinada medida respecto de la custodia y cuidado personal, podrá modificarse la decisión. En estas circunstancias ha de atenderse todo lo indicado respecto de la escucha y participación del niño o adolescente; al proferirse una nueva decisión, el juez debe asegurarse de que la opinión del menor sea especialmente ponderada.

V. CONCLUSIONES.

Ante la inexistencia de un modelo único de familia, es un reto para los sistemas jurídicos hacer frente a las controversias surgidas en relación al cuidado personal y custodia de los niños, niñas y adolescentes. Se requiere adoptar soluciones generales que salvaguarden efectivamente el interés superior; pues es claro que la totalidad de las situaciones fácticas no lograrían ser objeto de regulación. Así las cosas, los ordenamientos jurídicos deben establecer claramente los presupuestos normativos, criterios de interpretación y circunstancias materiales, que deben converger para que se otorgue un determinado tipo de custodia.

La propuesta legislativa analizada en el presente trabajo buscó eliminar el estereotipo del papel de proveedor, generalmente en cabeza del padre, y un rol de cuidador, endilgado principalmente a la madre; recopiló las ventajas y la viabilidad de la custodia compartida, que ponen especial énfasis en el desarrollo armónico y equilibrado del niño y se esperaba en todo caso, que el juez de familia protegiera el interés superior de los niños y adolescentes durante el proceso de determinación de la custodia en sede judicial. Pero la iniciativa careció a todas luces de pautas o criterios para una efectiva adopción de la custodia compartida, lo cual impidió incorporar a nivel interno un modelo, con la posibilidad de elección por el juzgador.

Al igual que ha sucedido en otros países, en Colombia, durante mucho tiempo, se ha orientado a fijar un régimen de custodia monoparental en los casos de crisis de pareja; la iniciativa legislativa presentada en 2008 y, sobre todo, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se muestran más abiertos y apuestan por otra fórmula, la custodia compartida, que, a su modo de ver, permite satisfacer mejor el interés superior del niño, niña o adolescente. Ahora bien, la consideración de la custodia compartida como la fórmula más favorable para garantizar el interés del menor no significa que el operador de justicia tenga que adoptarla en toda circunstancia; deberá examinar las circunstancias del caso para decidir qué tipo de custodia -compartida o no-

35 CS de J 26 septiembre 2019. SC- 3954-2019.

procede aplicar. No cabe duda de que tendrá que orientar su criterio conforme a las reglas de la sana crítica, para valorar las pruebas que se presenten.

Las carencias legislativas en materia de custodia compartida y el reciente reconocimiento de la figura por parte de los órganos jurisdiccionales de cierre colombianos, abren la puerta no sólo a los estudiosos del Derecho y a las instituciones públicas, sino también a la sociedad, para reflexionar y, sobre todo, asegurar que el camino tomado para radicar la custodia compartida en cabeza de ambos progenitores, como regla general, satisfaga en verdad los interés de los niños y adolescentes del país. No en vano, la propia carta fundamental en el art. 44 impone a “la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, y el art. 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia, endilga a los mismos actores, la corresponsabilidad en la atención, cuidado y protección.

Aunque la propia Constitución Política colombiana en el art. 42 encomendaba al legislador la regulación de la progenitura responsable, dicha regulación no ha sido aprobada todavía. La normativa que se apruebe no debe reemplazar los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores, bajo el amparo del que gozan para buscar alternativas a la solución de conflictos; ahora bien, sus disposiciones deben ser acordes con un sistema contemporáneo de protección de la infancia y la adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA

BARCIA LEHMANN, R.: "Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno", *Revista de Derecho Privado*, 2017, núm. 32, pp. 219-254.

BECERRIL, D., DUARTE, J., ARBOLEDA, M. y DÍAZ, M.: "Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos", *Reis*, 2001, núm. 95, p. 219-223.

DAZA ROJAS, J.M.: "Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes", *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, 2018, núm. 34, pp. 69-89.

FARIÑA, F., SEIJO, D., ARCE R., y VÁSQUEZ, M.J.: "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología jurídica*, 2017, vol. 27 núm.1, pp. 107-113.

GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Criterios de atribución de la custodia compartida", *Revista para el análisis del Derecho*, 2010, núm. 3, pp. 1-21.

HERRERA, M. y LATHROP, F.: "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", *Revista de Derecho Privado*, 2017, núm. 32, pp. 143-173.

HORNO GOICOECHEA, P.: "Desarrollo del vínculo afectivo", en AA.VV.: *Curso de Actualización Pediatría 2008* (coord. por C. MARTÍNEZ GONZÁLEZ), Exlibris Ediciones, Madrid, 2008, pp. 303-310.

ILLERA SANTOS, M.J.: "Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de justicia en Colombia", Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha (2018). <https://dialnet-unirioja-es.ezproxy.unibague.edu.co/servlet/tesis?codigo=150041>

JARAMILLO SIERRA, I.C. y ANZOLA RODRÍGUEZ, S. I.: *La batalla por los alimentos: El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Ediciones Uniandes - Universidad de los Andes, Bogotá, 2018.

MEDINA PABÓN, J.E.: *Derecho Civil Derecho de familia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2018.

MONTEJO RIVERO, J.M.: "Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar Contemporáneo", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, núm. 2°.

PARRA BENÍTEZ, J.: *Derecho de familia segunda edición*, Temis, Bogotá, 2018.

PULIDO ORTÍZ, F.E.: "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista", *Revista Prolegómenos –Derechos y Valores*, 2011, núm. 1, pp. 165-180

