

# El cuidado personal de la custodia compartida

John Eisenhower Ramírez\*

Me propongo coadyuvar la tarea que ha iniciado en la ciudad la profesora Olga Lucía Restrepo<sup>1</sup> en materia de custodia compartida, para abrir el debate que conduzca a mostrar una forma diferente de ver las relaciones familiares y asumir que se puede innovar, buscando fortalecer la relación entre los padres y sus hijos menores, con esta modalidad.

---

\* Abogado de la Universidad Santiago de Cali, especialista en derecho de familia de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como profesor en pregrado y postgrado de las Universidades Libre seccional Cali y Santiago de Cali. Actualmente ejerce como Juez Tercero de Familia de la ciudad de Cali y es un reconocido conferencista en su especialidad. En el año de 1996 obtuvo un importante reconocimiento al ser exaltado como mejor juez, por sus altos servicios a la administración de justicia. Autor de varias publicaciones entre las que se destacan *Sentencias y Jurisprudencias del Tribunal Superior de Cali, Sala de Familia, La Justicia de Paz en preguntas y respuestas*, y *La Conciliación*. Este ensayo tiene derecho reservados de su autor y no puede ser reproducido sin su permiso.

<sup>1</sup> Profesora de Derecho de familia en la Universidad de San Buenaventura y en la Universidad Icesi de Cali.

### La custodia en el Código Civil

El Código de don Andrés Bello consagra lo esencial: a) los hijos conforman con sus padres una familia y, por pertenecer a ella, deben vivir juntos; b) Como no es posible que todos los padres vivan juntos, deben entonces los hijos comunes permanecer bajo la custodia de uno de ellos. Lo que opera asimismo, ante la ausencia, inhabilidad o muerte de uno de ellos; y, c) Si los padres no se ponen de acuerdo respecto de cuál de ellos ejercerá la custodia, en su nombre lo hará el juez, quien excepcionalmente la puede radicar en cabeza de un tercero, pariente o no del menor.<sup>2</sup>

### La custodia en el Código del Menor

El Código del Menor normatizó las anomalías o atropellos que podrían cometerse con los menores, bajo la denominación de «Menores en situación irregular» y en particular, menores en «Situación de abandono o de peligro» (arts. 30, 31). Otorgando facultades especiales al defensor de familia para adelantar trámites administrativos tendientes a lograr la protección especial de los menores y, entre otras actividades, asignar «la atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos» (art. 57). Custodia que entregaría a «aquel de los parientes que ofrezca mayores garantías para su desarrollo integral»<sup>3</sup> (arts. 70, 71 y 72).

En la Custodia Compartida estamos hablando de padres que tengan habilidad física y moral y muestren buena conducta familiar y social y no hayan abandonado a sus hijos o no les hayan puesto en situación de abandono o de peligro (como lo denomina el Código del Menor, art. 31).

<sup>2</sup> Véanse los artículos 250 y siguientes del Código Civil.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13-06-91, magistrado ponente doctor Jaime Sanín G. Oficiando como guardiana de la Constitución, la Corte declaró exequible el artículo, pues el defensor goza de esa facultad por ser protector de incapaces, siendo la autorización de carácter «provisional».

### La custodia en la Constitución Nacional

La Carta Política consagró varios principios claves en el asunto: a) La familia es la institución básica de la sociedad (art. 5º); b) La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 42, inc. 1º); c) Todos los hijos nacen libres e iguales ante la ley y no pueden ser discriminados por su origen familiar (arts. 13 y 42, inc. 6º); d) Todas las personas, padres e hijos, tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16); e) La pareja (los padres) tiene igualdad de derechos y deberes y la relación en la familia debe fundarse en el recíproco respeto entre todos los integrantes (art. 42, inc. 4º, 43); f) Los padres deben sostener y educar a sus hijos menores de edad (art. 42, inc. 8º); g) Los niños y niñas tienen derecho al cuidado y al amor y serán protegidos contra todo daño, abandono o peligro (art. 44); h) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para asegurar su desarrollo armónico e integral (art. 44); i) Todos los niños y niñas, tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 44).

### El bloque de constitucionalidad

Los artículos 93 y 94 consagran además cómo los tratados y convenios internacionales, ratificados por Colombia, relativos a derechos humanos, hacen parte de la constitucionalidad nacional, y cómo los derechos enunciados en la Carta, por sí solos, no son los únicos que alcanzan el carácter de fundamentales, pues otros pueden existir, aunque no hayan sido expresamente enunciados.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> El fenómeno jurídico citado se ha venido a denominar «Bloque de constitucionalidad», y consiste en que la Constitución se convierte en un todo al aplicarse plenamente en Colombia los convenios o tratados internacionales, como si fuesen la norma superior en sí misma considerada. Es indudable la filosofía kelseniana, orientadora en relación con el valor de la norma y el deber ser de la misma. Ejemplo de derechos no enunciados expresamente en la Carta, son los de la «libre opción sexual» (autonomía al control del cuerpo, para aceptar el hetero, homo y bisexualismo), y «el derecho a conocer la verdadera filiación u origen» (toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus verdaderos padres, en cualquier momento de su vida [desde antes de nacer y hasta después de la muerte]).

Resalto en particular los siguientes tratados internacionales, suscritos por la República de Colombia:

- Declaración universal de los derechos humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas [O.N.U.], del 10-12-48).
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por la ley 74 de 1968.
- Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), aprobado por la ley 16 de 1972.
- Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobadas mediante la ley 51 de 1981 y su reglamentación, mediante el decreto 1398 de 1990.

Convenios todos que resaltan la defensa de los derechos fundamentales de los niños y de los padres, la formación de la familia, su carácter esencial en la sociedad y la formación o crianza de los hijos en cabeza de los padres.

#### Asistencia y protección del menor

Ya se advierte que corresponde a la familia, la sociedad y al Estado brindar al menor la asistencia y protección que requiera para su óptimo desarrollo y crecimiento personal. Ello se debe a que el menor, por sí y en sí, se encuentra en estado de indefensión o debilidad, es condición de sujeto de protección por ser una persona en formación. Por el solo hecho de ser niño (o niña), esto es, menor de 18 años, ya requiere de asistencia permanente, pues su inmadurez es de orden físico y psíquico. El asunto es: ¿quién le asiste y protege en la familia?

Para responder la cuestión tenemos que acudir nuevamente al Código Civil para buscar la concepción de «familia». El art. 874 responde diciendo:

«ART. 874.—El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, asimismo, el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos».

Situó don Andrés Bello la norma en el capítulo relativo a los derechos de Uso y Habitación y dijo lo que en 1996 vendría a repetir la ley 294, conocida como de «Protección, remedio y sanción, contra la violencia intrafamiliar».<sup>5</sup>

Ahora bien, si constituyen familia, los padres y los hijos (aunque los primeros vivan separados), las personas que habitan en el mismo inmueble y aún los empleados de la domesticidad del hogar, ya tenemos entonces quiénes son los que se han de ocupar del cuidado de los menores de edad.

Efectivamente eso es lo que ocurre en Colombia: el niño o la niña se encuentran bajo el cuidado personal, bajo la custodia de los padres, los parientes más próximos, las o los empleados del servicio, y algunas veces de los vecinos, la guardería privada o pública, la escuela (representando todos a la comunidad), o bien, en

---

<sup>5</sup> Ley 294 de 1996: «Artículo 2o. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Para los efectos de la presente ley, integran la familia: a) Los cónyuges o compañeros permanentes; b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica».

hogares de paso, familias sustitutas, padre o madre sustituta, casa de protección u hogar infantil del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), que representa al Estado.

Cuando estas personas tienen al menor consigo, ya se está produciendo el fenómeno que se pretende estudiar: isu custodia y cuidado personal están siendo compartidos!

### La custodia compartida

Con este concepto de unidad entre padres e hijos, lo que se pretende es que la conducta de los adultos sea dirigida a aceptar que si el niño/a tiene «derecho a tener una familia y a no ser separado de ella», y que, si los padres viven separados, siendo obvio que los hijos estarán con uno u otro, se siga compartiendo su crianza, educación y establecimiento, como si realmente no estuviesen separados. La custodia se puede compartir por períodos más o menos largos, se puede pensar, por ejemplo, que sea por semanas (otros dirán que por meses o años y ello es válido). Los padres son quienes conocen cómo es su hogar, su sitio de residencia, con quién o quiénes ha de compartir el niño, cuál será su lugar en la familia, para descanso, estudio, recreación, actividades comunes, etc. Son los padres quienes decidirán o acordarán las reglas de procedimiento en la formación, vigilancia y control del menor: su actividad escolar, tiempo de elaboración de las tareas; visitas y control de salud, consumo de medicinas, etc.; y son los padres quienes se pondrán de acuerdo acerca del manejo del tiempo en y con el menor: horas de descanso, horas de placer, horas de dormir, obligaciones y deberes del menor, etc. Son los padres quienes han de dar instrucciones precisas al resto de la familia o empleado/a con quien va a compartir el menor su tiempo y actividades. Toda la familia se pliega al deber de formar adecuadamente al niño/a, acogiendo el principio de solidaridad familiar y respetando el derecho a la igualdad que asiste al menor (con relación a todos los niños que han de contar con sus padres para crecer).

Los padres para aceptar la custodia compartida han de reconocer, asimilar y comprender: a) Que el interés del niño es superior y por consiguiente las reglas y normas de formación deben ser iguales en ambos hogares (la igualdad dentro de la diferencia, esto es proporcional y razonable, puesto que cada familia tiene su forma de ser o «idiosincrasia»); b) Que el niño/a, andando el tiempo, irá manifestando sus deseos y contrariedades, sus angustias o ansiedades respecto del compartir hogares, y los padres deben irle e irse amoldando a los cambios, los cuales deben ser positivos para el crecimiento personal del menor; c) Que cada alternación de hogar y de personas bajo cuyo cuidado se encuentre el menor, generará unos puntos de conflicto emocional, que debe sobrellevarse o adecuarse a la conducta tanto del menor como de los padres. Así por ejemplo, el menor, al cambiar de casa, es afectado por el entorno familiar y social, tendrá unas actividades con el padre y sus familiares y otras con la madre y los suyos, lo que será notado por una familia u otra en cada cambio de casa. La tolerancia, el respeto, el amor, la justicia, la equidad, el cariño y comprensión deben ser valores y derroteros de entendimiento y... se logrará el ideal: ¡la felicidad del menor y la de sus padres... aunque no vivan juntos!

Así entonces el problema por resolver tiene su enfoque: *¿La custodia compartida es posible en el sistema jurídico actual en Colombia?* Subproblemas serían: *¿Se puede libremente acordar custodia compartida por los padres? ¿Puede imponerse por sentencia judicial la custodia compartida?*

### Aspectos jurídicos del problema

Cuando la Constitución de 1991 comenzó a regir, se empezaron a presentar demandas de divorcio de matrimonio religioso<sup>6</sup> en varios lugares del país, y algunos jueces aventajados, aplicando el valor constitucional «Justicia» (léase: «Derecho de libre acceso a la justicia», art.

---

<sup>6</sup> Constitución Nacional, art. 42, inc. undécimo: «Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil».

229 C. N.), asumieron el conocimiento de los mismos y los fallaron, declarando la cesación de los efectos civiles de los mismos. Los notarios inscribieron tales sentencias en los libros del registro del estado civil. No requirieron los jueces de ley alguna para actuar constitucionalmente y... desde ese momento se vislumbró el poder de la nueva Constitución que llegó para hacer realidad el derecho en la vida material de los colombianos.<sup>7</sup>

Pues bien, el derecho ahora por defender y aplicar es el del niño «a tener una familia y a no ser separado de ella» (art. 44), con un fundamento adicional, su derecho a recibir «Amor» de la familia, la sociedad y el Estado.

La respuesta al asunto es entonces positiva, pues es posible para el juez llegar a aplicar la disposición constitucional protegiendo el interés superior del menor, en un caso en particular sometido a su juicio. Pero ni se crea que llegar allí es tan sencillo como lo que fue la historia del divorcio. No. Se requiere de todo un proceso de coparticipación en donde la familia colabora y asiste intensamente al juez en su investigación. Ya se volverá al punto.

### La justicia formal, la justicia alternativa

1. La custodia y cuidado personal de los hijos menores de edad, cuando origina un conflicto entre los padres, sintiéndose ellos incapa-

---

<sup>7</sup> El tiempo les dio la razón a los jueces que atendieron el principio de la «prelación del derecho sustancial ante el procesal» (art. 228 C.N.) y acogieron tales demandas, pues la ley 25 de 1992 (ley del divorcio en Colombia) vino a ratificar su actividad al decir en el artículo 14 transitorio: «Las sentencias proferidas con fundamento en las causales de la Ley Primera de 1976, por aplicación directa del inciso undécimo del artículo 42 de la Constitución, tendrán todo el valor que la ley procesal les señala». Lo irónico del caso fue que la Corte Suprema, en una providencia que nada tenía que ver con el asunto, dijo en 1992 que la norma era programática y requería desarrollo legislativo, siendo inaplicable por «no tener aptitud para operar por sí sola» (Sala de Cas. Civ., Auto del 29-01-92, magistrado ponente doctor Pedro Lafont Pianetta).

ces de resolverlo, da lugar a que estimen necesario acudir al sistema de administración de justicia estatal. Pues bien, lo primero que encuentran es que deben intentar conciliar en derecho,<sup>8</sup> y es allí en donde se presenta la primera oportunidad de sustentar —el conciliador— y negociar —los padres— la custodia compartida de sus hijos. Si la conciliación fracasa acuden a la jurisdicción, al litigio y... ya en proceso, se puede intentar nuevamente la negociación de la diferencia en derecho. Se puede intentar la conciliación a instancia del juez que de oficio cita a las partes o a solicitud de las mismas.

2. Ya planteado el litigio, puede el juez buscar el punto alternativo de la custodia compartida, como ya se anunció arriba, mas para ello debe indagar suficientemente todo lo relativo a la vida del menor; entorno familiar, forma de vida, actividades y lugares en donde las realiza; edad y madurez psicológica del niño/a, gustos y aficiones, horarios de descanso y actividad; condiciones de salud física y mental, la relación interpersonal con cada uno de los progenitores, etc. En torno a los padres debe averiguarse su nivel de ingresos y egresos, la perspectiva de su relación con el niño/a, la clase de trabajo que realizan, su utilización del tiempo, tiempo real invertido en el hijo/a, desplazamiento y medios para visitar, llevar o traer al menor; con quiénes convive y cuál es la actitud de estas personas —consanguíneas o no— para con su hijo/a; vivienda y alimentación, estadía del menor en su hogar, etc., etc. El despliegue probatorio tiene entonces un nivel de exigencia bien alto para que sea asumido sólo por el juez, sin la colaboración de las partes.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Lo que pueden hacer ante los comisarios de familia, defensores de familia, defensoría del pueblo, procurador para la familia, conciliadores de los centros de conciliación o notarios, y, excepcionalmente ante los jueces municipales o promiscuos municipales, en sitios que no fueren cabecera del circuito y no hubiere comisarios de familia (Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, y 640 de 2001).

<sup>9</sup> Desarrolla en este punto una tarea importante el o la trabajadora social que asiste a cada despacho judicial, pues el juez va a mirar por sus ojos, la actividad del y entorno al niño/a.

3. El Estado ofrece igualmente la Justicia Informal o Justicia Alternativa, que tiene como su máximo exponente para resolver los conflictos *la conciliación*; y ahí sí que se pueden hacer cosas hermosas en torno a la familia.

La custodia compartida puede perfectamente trabajarse en este campo. Todos los conciliadores citados y los conciliadores en equidad, a más de los jueces de paz, tienen allí una fuente inagotable de actividad, por una razón muy buena: pueden conciliar en derecho o en equidad, pueden aceptar los acuerdos libres de las partes, pueden cambiar los esquemas rígidos que vienen gobernando desde lo formal y crear cultura que trascienda hacia el respeto, la tolerancia y el amor en el mundo de la familia.

Prima en la conciliación la libertad negocial de las partes, la autonomía de la voluntad respecto de la formación, crecimiento y desarrollo de los hijos, por parte de los padres, distinguiendo así el proceso o la judicialización de la querrela del conflicto mismo, que es asunto diferente, y que, resuelto amigablemente, une a las partes y democratiza las relaciones de poder dentro de la familia. Se hace realidad el postulado según el cual los divorciados son los casados, mas no los padres, porque a pesar de la separación, siguen siéndolo para sus hijos.

### Los obstáculos legales en la custodia compartida

Los derechos en torno a los menores se interrelacionan, con independencia de la intención de los padres. Esto se expresa en el cruce de procesos para resolver conflictos en torno a los derechos de custodia y cuidado personal, los alimentos, el régimen de visitas y el permiso o autorización de salida del país entre padres. Cuando un sujeto (generalmente la madre) demanda alimentos para sus hijos menores de edad, el padre puede responder con un asunto de custodia, y ella puede iniciar uno de visitas para intentar regular la relación de su hijo con el padre. A su vez, si uno de los dos padres está fuera del país

y ha establecido una nueva relación de pareja estable, o tuvo logros económicos, y por consiguiente desea llevarse al niño/a, puede demandar el permiso de salida del menor. Esta interrelación de derechos constituye un obstáculo en la relación formal entre la madre y el padre del menor o menores, y, naturalmente, atenta contra la intención de «custodia compartida» propuesta.

Surge entonces un derecho, el de mayor poder entre todos los relativos a la crianza, educación y establecimiento de los menores: la Patria Potestad.<sup>10</sup> La autoridad parental encierra en su ejercicio todos los derechos antes citados y por eso algunos colegas empiezan a ver el asunto con una nueva óptica, aduciendo que la naturaleza de los procesos de custodia, visitas, alimentos y permiso de salida del país debe ser revisada, lo que puede fácilmente conducir a «un nuevo orden procesal» que determine el verdadero trámite a seguir. No se adelanta más el punto, para no apartarse del tema central.

### La custodia compartida y las clases sociales

¿Será que la custodia compartida es válida o aplicable solamente para los estratos altos de la sociedad? La respuesta categórica es NO. La vida humana se desarrolla en todos los niveles socioeconómicos, y desde los barrios más pobres y las «villas de miseria» hasta los hogares más acomodados o conjuntos residenciales millonarios, los niños y las niñas, en forma permanente, están siendo dejados bajo el cuidado de vecinos, familiares y empleados. En todos los estratos sociales hay padres y madres que día a día aman a sus hijos, los fortalecen y socializan.

La custodia compartida puede ser aplicada sin distinción alguna, pues nace del acuerdo libre de los padres.

---

<sup>10</sup> Que así se sigue llamando a pesar de la igualdad constitucional y legal de los hombres y las mujeres. El proyecto fracasado de reforma al Código del Menor adelantó la acepción de «Autoridad parental», nombre totalmente apropiado a la condición de la familia contemporánea.

### El papel de los abogados y el conciliador en la negociación de la custodia compartida.

Si la propuesta del compartir nace de uno de los progenitores, debe ser tenida en cuenta de inmediato por el conciliador y de esa postura deben ser respetuosos los apoderados, cuya misión es coadyuvar a que las partes transen sus diferencias y logren acuerdos beneficiosos para el menor.

Por otra parte, los apoderados, manejando adecuadamente el tema, pueden proponerles a sus clientes compartir la custodia, como alternativa de negociar las diferencias y resolver el conflicto. No deben olvidar que el derecho de familia es variable y cambiante y se debe buscar el acercamiento entre los adultos, como padre y madre de familia.

El abogado/a hoy debe saber que la actividad conciliatoria también causa honorarios y debe cobrar por su actividad, salvo que esté realizando servicio de abogado de pobres o asistencia voluntaria, libre y popular, o porque sea estudiante de derecho.

El conciliador, a su turno, ante el freno de la negociación del conflicto porque las partes no aceptan sus mutuas propuestas, manejando el tema de la custodia compartida e indagando suficientemente a las partes, por preguntas directas o circulares, está en la obligación de presentar propuestas y una de ellas puede ser la que aquí se trata.

### Los miedos de la judicatura para aplicar la custodia compartida

A pesar de todo lo dicho hasta aquí, en las condiciones actuales difícilmente se puede encontrar un juez que imponga la «custodia compartida» como decisión de fondo en una controversia de custodia y cuidado personal del menor, por varias razones:

a) No existe disposición legal que lo autorice. Los jueces siguen llamándose a sí mismos «aplicadores legales» (a los jueces penales les

encanta tal expresión y la usan frecuentemente en sus providencias). Así entonces, si la ley no lo dice, nadie lo hace.

b) La Constitución sigue siendo para muchos jueces un contrato social, que requiere desarrollo legislativo. Si no hay ley, eso no existe. Nadie quiere ver más allá del alcance de sus ojos, hasta la punta de su nariz. Recuérdese la nota No. 7 de este texto: los jueces aplicadores de la Constitución fueron unos poquitos.

c) Hay mucho miedo y es natural: me pueden calificar mal mis superiores, me pueden denunciar por prevaricato (uno de los padres o ¡ambos!).

d) A una providencia que imponga tal decisión le cabe redondita una acción de tutela de quien se muestre inconforme con la medida y... hasta del niño, si aduce que no fueron tenidos en cuenta su versión y deseo.<sup>11</sup>

### A manera de conclusión

- La custodia compartida de hecho ha nacido de la vida colectiva, de la vida social y familiar de los colombianos. Opera en todos los estratos sociales.

- La custodia compartida tiene sustento constitucional, de bloque constitucional y legal, pudiendo ser aplicada por vía de interpretación por el juez en familia.

- Es en la conciliación, en derecho o en equidad, donde pueden darse los acuerdos libres por los padres en torno a las con-

---

<sup>11</sup> El niño puede ser oído en el proceso por derecho propio si su edad es superior a doce años, pues se sitúa en el rol de testigo de su propia causa (art. 215-1 del C. de P.C., art. 34 C.C.). El asunto por vía de tutela es bien complejo por cuanto se puede aducir que el juez no atendió la pretensión de la demanda, en donde la parte solicitaba la custodia «en exclusiva» y para sí, por defecto «material o sustantivo», puesto que aplica una norma inexistente o el fallo carece absolutamente de fundamento jurídico.