



**LÍMITES A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA: ausencia de regulación específica sobre restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos.**

**MARÍA JIMENA RUBIO CANO**

**DIRECTORA: María Alejandra Echavarría Arcila, PhD**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado**

**Pregrado en Derecho  
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad Pontificia Bolivariana  
Medellín  
2022**

## Declaración de originalidad

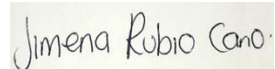
**Fecha:**

**Nombre del estudiante: María Jimena Rubio Cano**

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

”.

A rectangular box containing the handwritten signature "Jimena Rubio Cano" in black ink.

---

**Firma del estudiante:**

**LÍMITES A LA CUSTODIA COMPARTIDA EN COLOMBIA: ausencia de regulación específica sobre restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos.**

***LIMITS TO SHARED CUSTODY IN COLOMBIA: absence of specific regulations on restrictions to communications between parents and children.***

### **Resumen**

La familia es una institución jurídica protegida y reconocida constitucionalmente dentro del ordenamiento jurídico colombiano como núcleo fundamental de la sociedad. No obstante, es común que dicha institución se vea quebrantada por conflictos a la hora de determinar a quién le corresponderá el cuidado personal de los hijos en casos de separación, que pueden desencadenar graves problemas en el desarrollo integral de estos. El presente trabajo busca dar un acercamiento al concepto de custodia compartida, su falta de regulación específica dentro del ordenamiento jurídico colombiano y las consecuencias de dicho vacío, a fin de establecer la importancia de que sea regulado. Para ello, se examinaron doctrinal y jurisprudencialmente las bases que se han dado sobre dicho concepto y se analizan, bajo un paradigma positivista, los vacíos y carencias de que adolece el ordenamiento jurídico colombiano acerca de este tema. A partir de estos acercamientos, se logró concluir que es de vital importancia para el ordenamiento jurídico colombiano y para los menores de edad que se establezca una regulación específica sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida en Colombia. Todo esto, con el fin de trazar lineamientos claros sobre esta materia, con miras a proteger los derechos e intereses del hijo.

**Palabras clave:** regulación, custodia compartida, límites, Colombia, restricciones, familia.

## ***Abstract***

The family is a constitutionally protected and recognized legal institution within the Colombian legal system as the fundamental nucleus of society. However, it is common that this institution is broken by conflicts when determining who will be responsible for the personal care of the children in cases of separation, which can trigger serious problems in the integral development of these. This paper seeks to provide an approach to the concept of shared custody, its lack of specific regulation within the Colombian legal system and the consequences of such vacuum, in order to establish the importance of its regulation. For this purpose, the doctrinal and jurisprudential bases that have been given on this concept were examined and the gaps and deficiencies of the Colombian legal system on this issue were analyzed under a positivist paradigm. From these approaches, it was concluded that it is of vital importance for the Colombian legal system and for minors to establish a specific regulation on the possible restrictions to communications between parents and children in cases of shared custody in Colombia. All this, in order to draw clear guidelines on this matter, with a view to protecting the rights and interests of the child.

***Keywords:*** regulation, shared custody, limits, Colombia, restrictions, family.

## **Introducción**

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar establece que la custodia es la tenencia física y cuidado personal y directo del niño, niña o adolescente. Además, señala que “[l]a custodia se refiere al cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017, p. 6). Existen varios tipos de custodia, entre los que se encuentran la custodia compartida o conjunta, que consiste en que ambos progenitores tengan la responsabilidad legal y la autoridad moral en cuanto al cuidado y control de sus hijos. En este supuesto, el padre con el que resida el niño va a tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con disciplina, actividades, alimentación, entre otros aspectos básicos de la vida del menor (Ibáñez, 2004).

La custodia compartida es una figura común en la actualidad, debido a que es normal encontrar familias conformadas por padres separados. Dicha figura no goza en Colombia de una regulación específica, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que esta ausencia de regulación expresa sobre la materia, no representa un impedimento para que en Colombia se admita el régimen de custodia compartida, considerando la satisfacción de los intereses y necesidades del menor (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 523 de 2018).

Pese a lo anterior, se ha evidenciado que dicho vacío conlleva a problemas y trabas tanto para el menor como para el ordenamiento jurídico colombiano, en tanto la regulación superficial del tema no traza los lineamientos necesarios para decidir, en el marco de un proceso judicial, hasta qué punto sería factible privar al menor de edad de comunicarse con alguno de sus padres, desprotegiendo así sus intereses y llegando a afectar sus derechos fundamentales. Por esta razón, resulta importante que se establezca una regulación específica sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida en Colombia, a fin de que dichos lineamientos sean trazados de forma clara y, así, encaminar al juez a tomar la

mejor decisión para el menor; de tal forma que se garantice el desarrollo integral de este, así como sus intereses y derechos.

Para desarrollar este problema, en el presente trabajo se parte de un paradigma positivista, enfocando el objeto de análisis hacia pronunciamientos y criterios preexistentes, a partir de un tipo de estudio descriptivo y de una investigación dogmática. El texto se enfoca en el estudio de antecedentes y consecuencias tanto de la ausencia de regulación específica sobre el tema, como de las posibles soluciones al problema. Del mismo modo, se describen e interpretan conceptos con base en un análisis documental. Igualmente, se utilizan técnicas y herramientas para profundizar sobre el estudio y análisis de dicha ausencia, tales como jurisprudencia, doctrina y artículos de investigación.

Para ello, a lo largo de este texto se estudia el concepto de custodia compartida, definiéndolo jurisprudencial, doctrinal y legalmente, además de delimitar el concepto para el objeto de investigación. Además, se exponen los límites y restricciones de la custodia compartida, así como la regulación que actualmente existe sobre el tema. Todo esto para determinar si es o no importante y necesario que se fije una regulación específica sobre las restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida en Colombia.

## **Metodología**

Para la realización del presente trabajo, cuyo objetivo es analizar la falta de regulación específica vigente sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida en Colombia, se decidió trabajar bajo un paradigma positivista, enfocando el objeto de estudio hacia pronunciamientos y criterios preexistentes, a partir de un tipo de estudio descriptivo y de una investigación dogmática.

El método de investigación utilizado fue el analítico, en la medida en que el texto se enfocó en el estudio de antecedentes y consecuencias tanto de la

ausencia de regulación específica sobre el tema, como de las posibles soluciones al problema. Del mismo modo, la investigación tuvo un enfoque cualitativo, describiendo e interpretando conceptos con base en un análisis documental. Se utilizaron técnicas y herramientas que permitieron profundizar sobre el estudio y análisis de la ausencia de regulación específica en esta materia, tales como jurisprudencia, doctrina y artículos de investigación.

## **CAPÍTULO 1. Custodia compartida**

### **1.1. Definición de custodia**

En un sentido amplio, la Real Academia Española define el concepto de custodia como “[g]uardar algo con cuidado y vigilancia” (Real Academia Española, s.f., definición 1). En relación con el objeto de estudio, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) establece que la custodia es la tenencia física y cuidado personal y directo del niño, niña o adolescente. Además, señala que “[l]a custodia se refiere al cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017, p. 6). Por su parte, Cambridge Dictionary define la custodia como el “derecho o deber legal de cuidar a alguien o algo, especialmente a un niño después de que sus padres se hayan separado o hayan muerto” (Cambridge Dictionary, s.f., C2).

### **1.2. Tipos de custodia**

Actualmente, existen varios tipos de custodia que pueden ser atribuidos a la ruptura de los progenitores. Entre ellos se encuentran:

- A. Custodia exclusiva, la cual implica que se le atribuya la custodia a uno de los padres y un régimen de visitas a favor del otro.

- B. Custodia repartida, consistente en atribuir la custodia del menor a un progenitor por un período del año, y el resto del tiempo al otro.
- C. Custodia compartida o conjunta, que se define como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos padres, de manera que se asegure el acceso continuo y frecuente entre estos. En este caso, ambos progenitores tienen la responsabilidad legal y la autoridad moral en cuanto al cuidado y control del menor. En este supuesto, el padre con el que resida el niño debe tomar decisiones sobre la vida diaria en relación con disciplina, actividades, alimentación, entre otros aspectos (Ibáñez, 2004).

Para esta investigación, se ha delimitado el concepto de custodia, tratándose puntualmente del estudio de la custodia compartida.

### **1.3. Definiciones de custodia compartida**

#### **1.3.1. Definiciones jurisprudenciales**

Pese a que jurisprudencialmente no se ha definido estrictamente qué es la custodia compartida, la Corte Constitucional ha expresado que:

La ausencia de una regulación expresa sobre la materia, no es impedimento para que en Colombia se admita el régimen de custodia compartida, pues es connatural a la progenitura responsable que los padres concurren a una satisfacción de las necesidades del menor, incluso afectivas, con el fin de dar prevalencia a sus derechos, los que, por demás, debe prevalecer sobre las motivaciones que estos abriguen para querer evitarlo, las cuales deben permanecer en el fuero de los ascendientes sin transmitirse al infante, resaltando que ante situaciones de separación o divorcio, el vínculo filial se sobrepone al conyugal. (Corte Constitucional, 2018, p. 20)



Además, la Corte ha hecho énfasis, en reiteradas ocasiones, sobre la importancia del reconocimiento de la familia como pilar del ordenamiento jurídico colombiano. Dicha institución jurídica resulta primordial para hablar de custodia compartida y para reconocer los derechos de los que son titulares los menores:

(...) es importante tener en cuenta que, por remisión expresa del artículo 44 constitucional, el ordenamiento superior Colombiano incorpora los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. En igual sentido, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006. República de Colombia) establece que las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integrante de dicho Código y orientarán, además, su interpretación y aplicación, debiendo aplicarse siempre la norma más favorable al interés superior del menor. (Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 12 de Julio de 2011, párr. 49)

También ha señalado este Tribunal respecto a la protección y garantía de los derechos de los menores, que:

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger a los menores, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. (Corte Constitucional, Sentencia C-1003 de 22 de noviembre de 2007, p. 50).

Y en esta misma línea, ha dicho la Corte sobre el derecho que ostentan los padres a mantener comunicación con sus hijos que:

De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores. (Corte Constitucional, Sentencia T-290 de 28 de julio 1993, p. 2)

En la sentencia 17529 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Álvaro Fernando García Restrepo), la Corte consideró necesario otorgar la custodia conjunta a ambos padres debido a que pudo definir que ambos padres contaban con las calidades morales y sociales para el cuidado personal de sus hijos menores de edad. En este caso, es posible evidenciar la utilización del término de custodia conjunta en lugar de custodia compartida como tal, lo que permite inferir que en ejercicio del derecho comparado existe aplicabilidad de normas internacionales en la jurisprudencia colombiana.

Bajo este contexto, tal como señala Castillo (2020), la Corte Suprema de Justicia “[s]ienta un importante precedente en el Derecho de Familia Colombiano poniendo 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” (p. 14).

No obstante, estas menciones son acercamientos abstractos al concepto de custodia compartida que no proporcionan una explicación acerca de la naturaleza jurídica de dicha institución. Por lo tanto, aunque estos pronunciamientos jurisprudenciales pueden llegar a ser una guía al momento de decidir en un proceso de custodia compartida, no funcionan como base para

analizar el problema de fondo en esta investigación. De ahí que sea necesario analizar otros conceptos al respecto.

### **1.3.2. Definiciones doctrinales**

Dentro de las nomenclaturas anglosajonas se distingue entre custodia compartida física y custodia compartida legal:

- Custodia compartida física: Significa que los padres comparten el tiempo de residencia con el niño, aunque los períodos de convivencia no tengan forzosamente la misma duración. (Entendida muchas veces en los estudios como una distribución del tiempo de con- Custodia Compartida la residencia de los niños en dos domicilios con un tiempo (semanas, meses, etc.,) y o bien ser el niño el que va cambiando de casa o los padres los que acuden al domicilio del niño por periodos. En estos casos son frecuentes los repartos al 50%.
  
- Custodia compartida legal: Con la madre o con el padre como principal cuidador, con la libre relación de los menores con el otro progenitor, implicándose éste en las atenciones diarias de los hijos (llevarlos al colegio, comer con ellos,...) distribuyéndose el tiempo de manera similar a como se venía haciendo antes de la ruptura. (Catalán, 2008, pp. 66-67)

Según Bautista, la custodia compartida implica el arreglo mediante el cual el menor pasa parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro (Bautista, 2011). No obstante, aunque el autor es preciso a la hora de definir en qué consiste la custodia compartida, esta definición resulta insuficiente para el objeto de estudio del que trata el presente trabajo, puesto que no brinda un acercamiento a las posibles restricciones que se pueden presentar en las telecomunicaciones entre padres e hijos en el ejercicio de la custodia compartida.

Por su parte, el ICBF también hace alusión a qué es la custodia compartida, definiéndola como:

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

Se ha considerado que la custodia compartida consiste en que el o la menor físicamente se mantendrá en compañía del padre y la madre de forma conjunta después de finalizada la vida en común de los progenitores. De esta manera, ambos tendrán que atenderle y asistirle, y el tiempo de estancia con la madre y el padre se repartirá en una proporción cercana al cincuenta por ciento (Cumbalaza, 2017). Sin embargo, si se atiende a este criterio cuantitativo, esto es, establecer una proporción porcentual para determinar el tiempo de estancia tanto con el padre como con la madre, quedarían por fuera factores subjetivos vitales a la hora de fijar la custodia del menor, tales como la condición económica o psicológica de los padres; factores que determinarían con cuál progenitor sería más viable el desarrollo integral del menor y los límites que eventualmente se llegarían a imponer al otro progenitor en el ejercicio de la custodia compartida.

También es importante precisar que en el momento en que se presentan conflictos que conllevan a la separación de los padres o que estos decidan no continuar con la vida en común, será el progenitor que no ejerce la custodia quien deberá solicitar la regulación de visitas. Éstas podrán ser acordadas por los

padres según cada caso en particular con la previa aprobación del funcionario competente, en este caso el ICBF, a través de la figura procesal de la conciliación o, en su defecto, podrán ser fijadas por el juez de familia, quien siempre deberá realizar un análisis detallado con base en el cual sea viable tomar la decisión más acertada tanto para el menor de edad como para los padres (Cumbalaza, 2017).

Dicha decisión deberá tener como finalidad permitir que el menor conserve el afecto tanto hacia el padre como a la madre y demás familiares, así como de continuar con el acompañamiento en su desarrollo integral, protegiendo en todo momento la prevalencia de los derechos del menor, entre los que se exige que el actuar de los padres esté encaminado a su protección integral y a generarle un espacio de convivencia sano y ameno, en el marco de su crecimiento y desarrollo personal (Cumbalaza, 2017).

### **1.3.3. Parámetros legales**

Ahora bien, análogamente, en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, se sanciona al padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal. De esta manera, el ejercicio arbitrario de la custodia del hijo menor de edad puede ser atribuida tanto al padre como a la madre, cuando el fin sea privar al otro padre del derecho de custodia, en lugar de actuar con miras al bienestar del menor y sin tener en cuenta que el niño es un verdadero sujeto de derechos, violando así la facultad de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (Cumbalaza, 2017).

En este sentido, desde la perspectiva penal también se establece someramente un parámetro para encauzar la custodia compartida teniendo en cuenta el artículo 230-A del Código Penal, que establece:

El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quien ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599 de 2000, artículo 230-A)

#### **1.3.4. Delimitación del concepto para el objeto de estudio**

Uno de los acercamientos más precisos al concepto de custodia compartida para el enfoque de esta investigación, es cuando la Corte Constitucional hace referencia al derecho a la visita del que son titulares los padres, el cual comprende el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser, se resalta, controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor (Corte Constitucional, Sentencia T- 523 de 1992). Esto es así porque se delimita, al menos someramente, el control que debe ejercerse sobre las comunicaciones en casos de custodia compartida, lo que contribuye a encontrar una solución para el problema que ha sido formulado.

En aras de ofrecer una definición precisa de la institución de la custodia compartida, considera Ibáñez (2004) que la misma puede concretarse como:

(...) la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc. (Ibáñez, 2004, p. 4)

## **CAPÍTULO 2. Límites de la custodia compartida en Colombia**

### **2.1. Límites legales**

Una breve mención acerca del cuidado que deben tener los padres con sus hijos se encuentra en el artículo 253 del Código Civil, el cual consagra que: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos” (Código Civil Colombiano, artículo 253). Del mismo modo, en el artículo 254 del mismo código se expresa que: “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” (Código Civil Colombiano, artículo 254).

La Ley 1098 del 2006 establece que los menores tienen derecho a que sus padres, de forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su cuidado (Ley 1098 de 2006, artículo 23). Al hablar de permanencia, se hace referencia a que dicha interacción entre los padres y sus hijos debe ser prolongada y de calidad, es decir, que no sea interrumpida en ningún caso por la ruptura que se genera en la relación de pareja o por las distancias entre las residencias de uno y otro (Castillo, 2020).

Como ya ha sido mencionado, en la legislación colombiana no hay un concepto preciso de custodia compartida, no obstante, el artículo 8 del Decreto 4840 del 2007 también expresa que:

La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los niños, niñas y adolescentes son asuntos de conciliación extrajudicial en materia de familia, estos temas pueden ser adelantados ante los centros de conciliación, los defensores de familia, los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público y también ante los notarios; si en el respectivo municipio en donde se lleve la conciliación no existe una de las

autoridades mencionadas, la conciliación se realizará ante los personeros y los jueces civiles o promiscuos municipales (Decreto 4840 del 2007, artículo 8).

El ICBF aclaró que cuando la ley hace referencia a “cuidados personales”, se debe entender que esta expresión equivale a custodia (Gutiérrez, 2020). Conviene destacar que en el Senado de la República ya han sido radicados varios proyectos de ley que versan sobre este asunto, pero que no han prosperado; así, el Proyecto de Ley No. 249 de 2008 en su artículo segundo establecía:

Artículo 2o. Custodia en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. En el caso de los padres que no cohabitan efectivamente por causa de desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, se observará un régimen de custodia alternada, por períodos iguales de tiempo. Este régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial mencionados en la Ley 640 de 2001, y refrendada por el Juez de Familia. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el Régimen de Custodia Alternada más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pero siempre protegiendo el interés superior de los menores. (Proyecto de Ley 249 de 2008, artículo 2).

## **2.2. Límites judiciales**

Por su parte, en el año 2018 el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Aroldo Quiroz, en una entrevista para el periódico El Heraldó, expresó que la Corte Suprema de Justicia comunicó que no existen restricciones para que los padres tengan la custodia compartida de los hijos. El magistrado comentó que esto es así con el fin de que el juez, en cada caso, pueda asignar de manera



equitativa los compromisos de los padres con sus hijos, tales como tiempos y responsabilidades; esto, con miras a obtener las mejores soluciones en conflictos que versen sobre los derechos de los menores de edad. El magistrado expresa también:

En Colombia no encontramos regulada la custodia compartida, apenas estamos en este principio de desarrollo, qué quiere decir esto, que el juez puede en un momento dado determinar después de escuchar al niño, de escuchar a los peritos, determinar que el niño pueda estar un año con el papá, un año con la mamá o puede estar un mes con la mamá, un mes con el papá, o una semana con la mamá y una semana con el papá dependiendo del estudio del proceso. (El Herald, 2018, p. 2)

### **2.3. Restricciones para los padres en relación con sus hijos**

#### **2.3.1. Lineamientos para establecer restricciones**

En la Sentencia STC12085-2018, la Corte Suprema de Justicia reconoce la custodia compartida como la regla general que debe seguirse para que los menores puedan crecer rodeados del mayor contacto, amor y orientación de ambos padres; de ahí que el Tribunal señale los criterios que las autoridades judiciales, administrativas y legislativas deben tener en cuenta al momento de atribuir la custodia: 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.

En dicha sentencia se establecen ciertos parámetros que deben ser tenidos en cuenta al analizar el problema de la custodia compartida, al indicar que:

- 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 (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC12085 de 2018).

Si bien se puede tener en cuenta lo señalado por la Corte para hacerse una idea de los condicionamientos que tienen los padres a la hora de mantener comunicaciones telefónicas con sus hijos, sigue sin quedar clara la naturaleza

de estos motivos serios y legítimos que pueden llegar a fundamentar una eventual restricción en la comunicación por parte de un padre, respecto del otro, en relación con el hijo en común. Es por esto que, a pesar de las someras explicaciones y referencias que se han hecho en cuanto a la custodia compartida y a sus límites como tal, no es posible determinar con claridad los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de tratar situaciones que versen sobre este asunto.

### **2.3.2. Restricciones a las comunicaciones**

A pesar de la importancia de esta figura, sus límites y restricciones en el marco de la era tecnológica no han quedado claros. A día de hoy, no existe una regulación que expresamente delimite las comunicaciones entre padres e hijos. Sin embargo, el interés superior de los menores y el derecho que poseen a tener una familia y a no ser separados de ella, han guiado el análisis de la implementación de la custodia compartida en diversos casos (Díaz, 2021).

Uno de los pronunciamientos más claros que se han hecho en relación con los límites en la comunicación entre padres e hijos mediante medios electrónicos, es cuando la Corte Constitucional hace referencia al derecho a la visita del que son titulares los padres, el cual comprende el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser, se resalta, controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor (Corte Constitucional, Sentencia T- 523 de 1992).

De esta manera, quedan expuestos los límites y restricciones que, a día de hoy, han sido establecidos tanto legal como judicialmente sobre la custodia compartida. En esta línea, es posible concluir que son límites y restricciones superficiales en tanto no se ha regulado en rigor esta materia, tal como se expondrá en el siguiente capítulo.

## **CAPÍTULO 3. Regulación sobre las restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida.**

### **3.1. Regulación existente**

La Corte Constitucional expresó que sólo en casos graves en los que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o salud física y mental, los padres pueden ser privados del derecho de visitar a sus hijos (Corte Constitucional, Sentencia &-408 de 1995). Por su parte el ICBF hace referencia al derecho que tienen los padres a mantener comunicación con sus hijos al señalar que el otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro o a ambos del derecho de mantener comunicación con aquéllos. También expresa que comprende el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la cual no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor (ICBF, 2015).

Sin embargo, el ICBF señala que 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 (ICBF, 2015). Por lo tanto, se concluye que en Colombia no existe una ley que regule expresamente las restricciones en dicha comunicación, establecida a los padres en la custodia compartida de los hijos. Del mismo modo, tampoco se menciona cuál es el alcance y el contexto en el cual serían aplicables dichas restricciones.

### **3.2. Falta de regulación específica**

Tal como se estableció anteriormente, en la actualidad Colombia no cuenta con una regulación específica en esta materia, no obstante, el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia hace referencia a esta al consagrar que la

responsabilidad parental es la obligación inherente al cuidado, acompañamiento y crianza de los menores durante su proceso de formación, incluyendo “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” (Ley 1098 de 2006, artículo 14). Se advierte en este artículo también que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor.

Pese a que han sido varios los pronunciamientos de distintos tribunales y autoridades acerca de los cuidados y derechos de los que son titulares los menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano, no han sido fijadas las pautas para saber cuáles son las limitaciones establecidas en el marco de la custodia compartida. En ese sentido, existe un gran riesgo a la hora de tomar decisiones que impliquen una autorización para restringir alguna de las facultades en la relación padre-hijo o madre-hijo, ya sea por motivos de interés superior del menor o por meros conflictos entre los padres de estos.

Un argumento para justificar esta falta de legislación lo establece el ICBF cuando en el concepto 94 de 2015 se señala que:

[E]l interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. (ICBF, 2015, párr. 8)

Si bien es cierto que el interés del menor siempre debe ser examinado en cada caso en concreto, esto no quiere decir que no puedan ser pautadas reglas generales que ayuden a decidir en casos de custodia compartida. Esto es así,

porque se deja al juez a la deriva a la hora de tomar decisiones que impliquen las restricciones en comunicaciones entre padres e hijos, lo cual, por la importancia de esta materia, no puede concebirse que se tomen dichas decisiones sin una orientación previa. Es por esto que, en el capítulo que se tratará a continuación, se indicará la importancia de establecer esta regulación, además de algunas posibles soluciones para el problema objeto de estudio de este trabajo.

## **CAPÍTULO 4. Importancia de establecer una regulación específica sobre el tema de las restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos**

### **4.1. Importancia para el ordenamiento jurídico colombiano.**

Como ya se ha dicho antes, la familia es una institución jurídica protegida y reconocida constitucionalmente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta que en la Constitución Política de 1991 se consagra que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 42). Para la autora Álvarez Pertuz (2011), la familia es un elemento esencial en los Estados y un factor que afecta directamente los pilares de los sistemas jurídicos, la autora expresa que: “El Estado, entidad rectora custodia el bien común; tiene como función primordial crear las instituciones que favorecen el desarrollo del hombre. La familia, institución primigenia, merece una especial protección, porque constituye el adecuado desarrollo y complemento del individuo” (Álvarez, 2011, p. 29).

No obstante, es común que dicha institución se vea quebrantada por conflictos a la hora de determinar a quién le corresponderá el cuidado personal de los hijos, en casos de separación. Conflictos que, pese a la obligación inherente de los padres al cuidado y acompañamiento en la crianza de los

menores, pueden desencadenar graves problemas en el desarrollo integral de estos.

La falta de regulación específica sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida, crea inseguridad jurídica para el ordenamiento jurídico. Esto es así en la medida en que los jueces no tienen lineamientos claros para decidir en estos casos, dejando al criterio de estos el futuro de los menores en cuanto a la relación que tendrán con sus padres. De esta forma la familia se ve desprotegida y, al desproteger dicha institución jurídica, se desprotege al individuo como tal, lo que conlleva a una ruptura dentro del Estado colombiano.

#### **4.2. Importancia para el interés superior del menor a la luz de los riesgos de la falta de regulación**

La familia es la convocada, en principio, a otorgar a los menores el pertinente acompañamiento, protección e indicaciones necesarias para que logren tener un desarrollo armónico e integral, siendo la familia la obligada a llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para que dicho fin se cumpla, “siendo los padres, los primeros responsables del normal desarrollo del menor y, a ellos corresponde cumplir con los fines impuestos a la familia por la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia T-500 de 29 de octubre 1993, párr. 47). De ahí que sea lógico que se deriven los deberes, obligaciones y responsabilidades que implican más exigencia en el momento en el que los padres toman la decisión de separarse, en el entendido que es en ese preciso evento que los menores demandan de notable atención, cuidado y entendimiento de sus padres; siempre teniendo como finalidad que los menores no se vean involucrados o afectados por los conflictos de pareja.

En efecto, se hace evidente que cuando los progenitores entran en una disputa legal al pretender la custodia y cuidado personal de los hijos en común, pueden poner a estos en una situación de vulnerabilidad. De modo que, los

padres, indirectamente, pueden llegar a ocasionar daño físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, generándole al menor complicaciones en el desarrollo de su personalidad y obstruyendo su formación como un ciudadano autónomo y valioso para la sociedad.

No obstante, es común encontrar familias conformadas por padres separados, los cuales pueden encontrarse en constante conflicto al momento de determinar a quién le corresponderá el cuidado personal de los hijos; dichos conflictos pueden desencadenar graves problemas en el desarrollo integral de los menores. Según la Academia Americana de Pediatría y Adolescencia (2015), “en la pérdida traumática de uno o de ambos padres debido al divorcio, los niños pueden volverse vulnerables tanto a enfermedades físicas como mentales” (p. 3). De este modo, es de vital importancia la aplicación de la custodia compartida en Colombia, primando el bienestar y el menor grado de afectación de los derechos de los menores dentro del núcleo familiar (Salas, 2018).

Para analizar el problema en concreto, es necesario conocer y estudiar las condiciones propias de la problemática que encierra el ejercicio arbitrario de la custodia del hijo menor de edad, como los diferentes entornos, el hogar, las vivencias y los contratiempos que se presentan alrededor de una familia. Esto, porque en muchas ocasiones se coloca en peligro el interés superior del menor, dado que las diferencias entre los padres se tornan inmanejables al extremo de comprometer física, psicológica, afectiva, intelectual y éticamente a los menores, generando complicaciones en la evolución de su personalidad e impidiendo la formación de ciudadanos autónomos y útiles a la sociedad (Cumbalaza, 2017).

Una posible solución al vacío normativo sobre los lineamientos a la hora de decidir en casos de custodia compartida en Colombia se establece en la sentencia 408 de 1995 de la Corte Constitucional, a la que se refiere el ICBF así:

El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determina



decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, se resalta, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico, supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor (ICBF, 2015, párr. 9)

Es importante que se establezca una regulación específica sobre este tema, puesto que es necesario trazar unos lineamientos para decidir, en el marco de un proceso judicial, hasta qué punto es factible privar al menor de edad de comunicarse con alguno de sus padres, considerando el interés general de este y evitando en la mayor medida la afectación de sus derechos. El fragmento citado anteriormente puede ser una base para empezar a unificar una regulación específica sobre los límites a la custodia compartida, pues como ya se ha mencionado reiteradamente, son muchos los pronunciamientos, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se han realizado a través de los años, pero que no logran llenar el vacío planteado en este trabajo.

En este sentido se considera que, a partir de dichos pronunciamientos de autoridades judiciales y administrativas, debe regularse el tema de la custodia compartida, específicamente tratándose de sus límites en la comunicación entre padres hijos. Así, debe primar siempre el interés superior de estos últimos, puesto que, como ya se ha mencionado anteriormente en este trabajo, dicho

vacío produce una gran inseguridad tanto para el ordenamiento jurídico colombiano, como para el desarrollo integral de los menores.

## **Conclusión**

En Colombia existe una falta de regulación específica sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida. Pese a que no se ha definido estrictamente qué es la custodia compartida, se cuenta con pronunciamientos jurisprudenciales que sirven como guía para entender el concepto. No obstante, aunque se hayan proporcionado someras explicaciones y referencias en cuanto a la custodia compartida y a sus límites como tal, no es posible determinar con claridad los lineamientos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de tratar situaciones que versen sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos. Debido a esta falta de regulación, existe un gran riesgo a la hora de tomar decisiones que impliquen autorización para restringir facultades en la relación entre aquéllos. En esta investigación se hizo evidente la importancia de que sea establecida una regulación específica que verse sobre este asunto, en la que se determine hasta qué punto es factible privar la comunicación del menor con alguno de sus padres, evitando así conflictos para la vida del hijo.

Los pronunciamientos jurisprudenciales han servido como guía para sobrellevar problemas en esta materia a lo largo de los años. Sin embargo, no son suficientes para resolver a cabalidad dichos conflictos, al no tener claros los límites a las comunicaciones entre padres e hijos. Todo esto ha desencadenado una desprotección tanto para el menor como para el ordenamiento jurídico como tal, de tal manera que se hace necesaria la regulación específica sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida, para darle claridad a dicho asunto, brindar mayor seguridad jurídica y proteger de manera efectiva el interés superior de los menores dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Aunque se haya intentado justificar esta falta de regulación argumentando el carácter concreto del interés superior del menor, a lo largo del trabajo se logró evidenciar que deben ser pautadas reglas generales que ayuden a decidir en casos de custodia compartida, con miras a garantizar no sólo los derechos de los menores, sino también una efectiva aplicación del derecho por parte de los jueces. Por esta razón, se concluye que sí es de vital importancia para el ordenamiento jurídico colombiano y para los menores de edad que se establezca una regulación específica sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos, en casos de custodia compartida en Colombia.

Este trabajo se enfocó, principalmente, en evidenciar el vacío existente acerca de la regulación específica sobre las posibles restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos en casos de custodia compartida en Colombia, delimitando las consecuencias de este vacío y la importancia de que sea regulado. De esta manera, queda abierta la invitación a nuevas investigaciones sobre este asunto, proponiendo la regulación específica a la que este trabajo hace referencia u otras posibles soluciones al problema planteado.

## REFERENCIAS

- American Academy of Child and Adolescence psychiatry. (2015). Los niños y el divorcio.
- Arboleda, M. y Ruiz, J. (2008). Manual de Derecho Penal. Partes General y Especial. Capítulo VI. Delitos contra la Familia. Bogotá D.C.: Leyer.
- Barros, V. (2021). Desafíos en la implementación de la custodia compartida: desarrollo jurisprudencial en Colombia. Bogotá: Universidad Antonio Nariño. Facultad de Derecho.
- Bautista, M. (2011). Riesgos que Puede Ocasionar en los Menores de Edad la Custodia Compartida. Pereira: Universidad Libre, Seccional Pereira. Facultad de derecho.
- Bellusio, C. (2002). Manual de Derecho de Familia, Tomo I. Buenos Aires: Astrea 7a edición actualizada y ampliada.
- Catalán, M. J. (2008). La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho. Anuario de Psicología Jurídica.
- Colombia. Congreso de la República. (1991). Constitución Política de 1991. Bogotá: Legis.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1098 de 2006 —Por la cual se expide Código de la Infancia y la Adolescencia. (Art. 6° y 8°). Bogotá D.C.: Legis.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004 (Art. 282) —Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C.: Leyer.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-523 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia &-408-95, expediente T-71149.
- Cumbalaza, M. (2017). Alcance y efectos socio-jurídicos del ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad en la ciudad de Popayán. Popayán: Corporación Universitaria Autónoma del Cauca facultad de Ciencias Sociales.

- Daza, J. (2018). 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*.
- Daza, S. (2015). *Derecho de Familia. Apuntes de la estructura básica de las relaciones jurídico familiares en Colombia*. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.
- Duarte, R. (2015) *Custodia compartida en Colombia: Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Duarte, R. (2015). *Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- El Heraldo. (2018). Corte Suprema reconoce la custodia compartida de los hijos. *El Heraldo*.
- García, S. (2015). *El interés superior del niño*. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional.
- Herrera, M. (2017). *Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana*. *Revista de Derecho Privado*.
- ICBF. (2015). *Concepto 94 de 2015*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- ICBF. (2017). *Concepto E-2017-530536*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Lehmann, R. (2012). *Custodia compartida de los hijos*. *Revista Ius et Praxis*.
- Medina, J. (2018). *Derecho Civil Derecho de familia*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Monroy, M. (2012). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Real Academia Española. (s.f) *Custodiar*. En *diccionario de la lengua española*. Recuperado el 22 de agosto de 2022 de <https://dle.rae.es/custodiar>
- Salas, S. (2018). *La custodia compartida en Colombia: mecanismo jurídico de protección del derecho a la igualdad de los padres y de los menores a tener una familia*.

Santos, G. (2008). Proyecto de Ley 249, por medio del cual se establece el régimen de Custodia Compartida de los hijos menores. Cámara de Representantes. República de Colombia.

Universidad Simón Bolívar. (2011). La custodia Parental Compartida.

Cambridge Dictionary. (s.f) Custody. En Cambridge Dictionary. Recuperado el 22 de agosto de 2022 de <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/custody>

Torres, J. (2011). Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social. Barcelona: Universidad de Málaga.

Zarraluqui, L. (2003). El menor en las crisis familiares. Madrid.