



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

STC12085-2018

Radicación n.º 25000-22-13-000-2018-00188-01

(Aprobado en sesión de dieciocho de septiembre de dos mil dieciocho)

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte la impugnación formulada frente al fallo proferido el 26 de julio de 2018 por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela promovida por Diana Marcela Rivero Benavides, en nombre propio y en representación del menor C.D.V.R.¹, contra el Juzgado de Familia de Soacha, a cuyo trámite fueron vinculadas las partes e intervinientes en el proceso objeto de la queja constitucional.

ANTECEDENTES

1. La accionante, en nombre propio y en representación de su menor hijo C.D.V.R., reclamó la

¹ De aquí en adelante para resguardar el derecho a la intimidad del menor de edad, conforme al artículo 33 de la Ley 1098 de 2006.

protección de los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a «*tener una familia y no ser separado de ella*», presuntamente vulnerados por la autoridad accionada.

Solicitó, entonces, dejar «*sin valor ni efecto jurídico alguno la sentencia de... 9 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado de Familia del Circuito de Soacha y en su lugar se profiera una nueva decisión de fondo que atienda y motive adecuadamente la valoración detallada de cada una de las diferentes pruebas..., garantizando los derechos fundamentales del menor..., especialmente el deseo de estar y crecer al lado de su progenitora*» (folios 177 a 188, cuaderno 1).

2. Son hechos relevantes para la definición del presente asunto los siguientes:

2.1. Diana Marcela Rivero Benavides promovió proceso de custodia y cuidado personal de su menor hijo C.D.V.R., acción que dirigió en contra de Rubén Darío Vega Sánchez, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 4º de Familia de Bogotá, autoridad que admitió a trámite el asunto y notificó al demandado, practicó visita social al hogar de las partes a través de la Trabajadora Social, realizó entrevista al menor y, posteriormente, el 3 de octubre de 2017, remitió las diligencias al despacho de Familia de Soacha, autoridad que suscitó conflicto de competencia.

2.2. El 19 de diciembre de 2017, la Sala de Casación Civil de esta Corporación radicó la competencia para tramitar el asunto en el Juzgado de Familia de Soacha, remitiéndole las diligencias para lo de su cargo (AC8756-2017).

2.3. Luego, el 19 de febrero de 2018 el estrado judicial accionado avocó conocimiento, reanudo la etapa probatoria y fijó fecha para adelantar la audiencia de que trata el artículo 392 del Código General del Proceso.

2.4. El 9 de mayo siguiente, previa práctica de las pruebas decretadas, el Juzgado encausado dictó sentencia en la que asignó *«de manera compartida el derecho de custodia y cuidado personal del menor..., a sus padres Diana Marcela Rivero Benavides... y Rubén Darío Vega Sánchez... en la forma indicada en la parte motiva..., significando lo anterior que el demandado... Vega Sánchez continuará detentando la custodia del menor hasta el 31 de diciembre de 2018»*, al tiempo que fijó cuota alimentaria y reguló las visitas.

2.5. Por vía de tutela, criticó la actora la decisión referida a espacio, pues, en su sentir, vulneró las prerrogativas del menor, en la medida en que desconoció que en su entrevista manifestó *«abiertamente querer vivir con su progenitora»*, así como efectuó una valoración deficiente de las demás pruebas recaudadas, razón por la que la custodia debía quedar, únicamente, en cabeza de ella, que no del padre.

2.6. Agregó que al asignar la custodia compartida «se está privando al menor de tener un crecimiento sano, que le permita estructurar un adecuado proyecto de vida», pues, el padre de aquél no se encuentra en condiciones de garantizarle «estudio, alimentación, cuidado, vivienda y atención de sus necesidades básicas como la preparación de sus alimentos», estabilidad que sólo podía brindarle ella.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El Juzgado de Familia de Soacha manifestó que la decisión cuestionada se ajustaba a la normatividad aplicable al caso concreto, así como al análisis en conjunto de los medios suasorios allegados al expediente; que se realizó visita social a las residencias de los padres, advirtiéndole que cada uno tenía condiciones óptimas habitacionales para el menor; se efectuaron entrevistas al niño sin que afirmara que no deseaba vivir con su papá, al contrario dijo: «yo estoy con mi papá porque me gusta vivir con él»; que en los diferentes dictámenes psicológicos e informe de la trabajadora social «existen... contradicciones..., pues en principio se sugería que el menor debía estar bajo la custodia de la madre, y finalmente..., que el menor permanezca bajo el cuidado del padre con visitas a la madre... y también advirtiéndole que la condición mental personal, laboral de los padres es sana, que no presentan riesgos a la estabilidad emocional del menor y ser garantes de sus derechos fundamentales», razón por la que asignó la custodia compartida (folios 200 a 202, cuaderno 1).

2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Centro Zonal Soacha refirió las valoraciones y los seguimientos realizados por el equipo social al menor, a los padres y a las residencias de éstos; destacó que los progenitores aún no superan *«el duelo de la separación»*, lo que afecta al niño; que C.D.V.R. contaba con normas y rutinas establecidas en su ciclo de vida, por lo que, en su parecer, la custodia compartida le generaría confusiones para identificar la figura de autoridad (folios 204 a 2018, cuaderno 1).

3. Los demás guardaron silencio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a-quo* constitucional denegó el amparo al considerar que la decisión cuestionada no lucía arbitraria, pues el fallador encausado analizó las visitas domiciliarias realizadas a los progenitores del menor y las diferentes entrevistas realizadas al niño, concluyendo que la custodia debía ser compartida, habida cuenta que C.D.V.R. manifestaba que quería *«estar con su progenitora y últimamente que desea estar con su padre..., [además que] uno y otro padre reúnen las condiciones óptimas, tanto físicas como psicológicas y por supuesto del hogar de las condiciones de familia para detentar[la]»*, resaltando que no se vulneró el artículo 26 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, pues, enfatizó, el infante fue escuchado (folios 231 a 235, cuaderno 1).

LA IMPUGNACIÓN

La presentó la parte actora reiterando los argumentos expuestos en el libelo inicial, a los que adicionó que el Juzgado accionado no atendió lo manifestado por el menor, esto es, *«su deseo de vivir con la mamá»*; destacó que el padre de C.D.V.R. *«no tiene trabajo, no tiene quien lleve al menor... a la ruta, ni quien lo reciba por las tardes, no tiene las condiciones básicas [de] vivienda..., ni mucho menos... que le garantice su desarrollo en condiciones dignas que le permitan en un ambiente sano desarrollar y construir un proyecto de vida»*, por lo que la custodia y cuidado personal debía ser sólo para ella, sin desconocer el derecho del padre para visitarlo, acorde con lo reglamentado (folios 244 a 246, cuaderno 1).

CONSIDERACIONES

1. Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo jurídico concebido para proteger los derechos fundamentales cuando son vulnerados o amenazados por los actos u omisiones de las autoridades públicas y, en determinadas hipótesis, de los particulares, cuya naturaleza subsidiaria y residual no permite sustituir o desplazar a los jueces funcionalmente competentes, ni los medios comunes de defensa judicial.

Por lineamiento jurisprudencial, en tratándose de actuaciones y providencias judiciales, el resguardo procede de manera excepcional y limitado a la presencia de una

irrefutable vía de hecho, cuando «*el proceder ilegítimo no es dable removerlo a través de los medios ordinarios previstos en la ley*» (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 2001-00183-01); y por supuesto, se cumpla el requisito de la inmediatez.

2. El constituyente de 1991 consagró como sujetos de especial protección, por parte del Estado, a los niños, las niñas y los adolescentes, autorizando la protección integral, el interés superior² y la prevalencia de sus garantías³ respecto de los demás sujetos de derecho, incluidos los de su núcleo familiar, lo cual tiene su fuente en la trascendencia que revisten para la sociedad, amén del momento de formación en que se encuentren, que exige medidas adecuadas para permitir el desarrollo de una identidad propia, que contribuya dentro de su individualidad a la existencia, consolidación y desarrollo de los cometidos del Estado y la comunidad, por tanto existen intereses superiores⁴ que claman por su salvaguarda.

Sobre este interés superior del menor, la Corte Constitucional en sentencia T-587/98, dijo:

...esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista -que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos

² Artículo 8 de la Ley 1098 de 2006. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. «*Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*».

³ Artículo 9º *ídem*.

⁴ CSJ STC, 4 oct. 2007, rad. 2007-00091-01.

planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989) [hoy Ley 1098 de 2006]. Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45). Ahora bien, el interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, 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 intereses 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.

3. Del examen de la demanda de amparo se establece que a través de ella se cuestiona la sentencia de 9 de mayo de 2018, proferida por el despacho criticado, en la cual asignó la custodia y cuidado del menor C.D.V.R. de manera compartida y alterna a sus padres, al tiempo que fijó cuota alimentaria y reguló visitas; determinación que, en sentir de la tutelante, vulneró las prerrogativas del infante, en la medida en que no se atendió el querer del menor consistente en estar con la mamá. Para esta Sala dicha decisión no luce arbitraria, ni atenta contra la carta fundamental.

En efecto, el estrado judicial acusado analizó la normatividad y jurisprudencia⁵ aplicable al caso concreto, asimismo examinó los medios suasorios aportados al expediente, tales como las visitas a los domicilios de los padres, consignando que⁶:

...los funcionarios encargados de las visitas, concluyeron que efectivamente estas personas ofrecen condiciones habitacionales dignas para el cuidado del menor..., de tal suerte que en una u otra residencia no se presentan riesgos de vulneración de los derechos fundamentales del menor, en otras palabras, sobre el aspecto habitacional, no tenemos crítica, alguna frente a uno u otro progenitor.

Seguidamente, auscultó la entrevista privada realizada al niño y las valoraciones psicológicas practicadas a los progenitores y a C.R.V.R., precisando que⁷:

...al menor... se le hizo una entrevista privada por parte de los funcionarios del Juzgado 4º de Familia de la ciudad de Bogotá, donde conocieron inicialmente el presente asunto; allí el menor de manera espontánea manifestó que su deseo era convivir al lado de su madre, es decir, quedar bajo la custodia de su progenitora.

Posteriormente, y al hacerle su valoración psicológica, el menor frente al psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, reitera lo afirmado en la entrevista, y entonces dice que su deseo es vivir con su progenitora, y por supuesto no desprenderse de su padre, para lo cual considera pertinente las visitas; el concepto del psicólogo del... [ICBF] fue el siguiente: "Rubén Darío presenta condiciones emocionales y psicológicas que le permiten propiciar elementos que propician la construcción de vínculos sanos y seguros de apego; asimismo, sus características personales permiten continuar ejerciendo de manera responsable y comprometida el cuidado hacia el niño..., garantizando sus derechos y propiciando factores de protección para su sano desarrollo; se requiere que los progenitores del

⁵ C.C. T-412/00

⁶ Minuto 2:10:24 y siguientes.

⁷ Minuto 2:11 y siguientes.

mismo acuerden de manera concertada los tiempos de visitas con el niño que conlleven al fortalecimiento de los vínculos y minimicen los efectos emocionales y negativos en el niño, producidos por la separación entre padres, además, de requerirse de un acompañamiento profesional que permita y facilite la asimilación por parte del niño y progenitores de la separación, y permitan la adecuada elaboración de duelo. Por lo anterior, se presentan las condiciones... para que se adopten las medidas que se consideren convenientes a la autoridad pertinente en aras del interés superior del niño y garantía de los derechos fundamentales”.

Posteriormente, en otra valoración psicológica que se le hizo al menor... manifiesta de manera espontánea... “mi mamá es buena gente porque me compra cosas y me gustaría que me visitara mi mamá porque yo pienso en ella, ella me quiere, yo la quiero; se evidencia que el niño presenta un excelente vínculo con el padre con el cual se siente cuidado y protegido, el niño manifiesta de forma libre y espontánea, que le gusta vivir con su padre, ya que lo cuida y protege en forma idónea, se siente querido por su papá, hay un vínculo estrecho entre ellos”; nótese, entonces, que en el aspecto psicológico, el menor presenta ambivalencias y contradicciones ante lo que es su deseo..., [pues] en principio dice que desea estar con su progenitora y, últimamente, que desea estar con su padre.

Respecto a la valoración psicológica que se le practicó a... Diana Marcela Riveros Benavides y a Rubén Darío Vega Sánchez, concluyen... los peritos del... [ICBF]... que no presentan síntomas de enfermedad mental que pongan en riesgo la vida o cuidado personal del menor hijo y que ambas personas están en óptimas condiciones de detentar el cuidado personal y la custodia de su menor hijo.

Luego, destacó que:

...los elementos probatorios no nos llevan a inclinarnos a asignar la custodia a uno u otro padre, porque si atendemos la valoración psicológica que a ellos se les hiciera, son personas óptimas, mentalmente sanas..., y respecto al menor..., su ambivalencia y sus dudas lleva a pensar que esa actitud que en principio manifiesta que quiere estar bajo la custodia de su madre y, posterior, bajo la custodia de su padre, no es otra cosa que el reflejo de la crítica situación que está padeciendo, que causa el

conflicto intrafamiliar que se presenta entre... Diana Marcela... y Rubén Darío..., quienes no han tenido el acierto... de como manejar la custodia y cuidado personal del menor, y que por el contrario el menor capta y se da cuenta de la crisis familiar que de tiempo atrás se viene presentando entre sus padres, al punto que en una de las entrevistas el menor manifestó su deseo de que sus padres volvieran a unirse, y el deseo de estar con ambos.

Asimismo, valoró las pruebas testimoniales y las demás probanzas aportadas, de cara al interés superior del menor, concluyendo que⁸;

...uno y otro padre reúnen las condiciones óptimas, tanto físicas, psicológicas y por su puesto del hogar, las condiciones de familia, pareo detentar la custodia y cuidado personal de su hijo, y es por ello que consideramos que es factible asignar este derecho de custodia y cuidado personal de manera conjunta, y entonces..., en principio, la custodia se le asigna a... Rubén Darío Vega Sánchez por el término de un año, el cual terminaría el 31 de diciembre del año 2018, para que a partir del 1º de enero del año 2019, este derecho lo asuma... Diana Marcela Rivero Benavides por el término de un año, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2019, para con posterioridad y así sucesivamente, a partir del 1º de enero del 2020... Rubén Darío nuevamente asuma la custodia, y sucesivamente hasta que el menor llegue a su mayoría de edad, a menos que de manera voluntaria y concertada los padres consideren pertinente cambiar esa forma de custodia y cuidado personal..., satisfaciendo un derecho fundamental del menor a tener una familia y no ser separado de ella, máxime cuando en sus expresiones manifiesta... querer estar con uno y otro padre, pero que son precisamente esas condiciones que... no le permiten satisfacer ese deseo y además porque los padres no conviven...

Así las cosas, se concluye que la decisión controvertida no luce antojadiza, caprichosa o subjetiva, al margen de que se comparta, descartándose la presencia de una vía de

⁸ Minuto: 2:17:23 y siguientes.

hecho, de manera que la queja de los peticionarios no halla recibo en esta sede excepcional.

En este orden de ideas, tales deducciones no pueden ser desaprobadas de plano o calificadas de absurdas o arbitrarias, *«máxime si la[s] que ha hecho no resulta[n] contraria[s] a la razón, es decir si no está demostrado el defecto apuntado en la demanda, ya que con ello desconocerían normas de orden público... y entraría a la relación procesal a usurpar las funciones asignadas válidamente al último para definir el conflicto de intereses»*. (CSJ STC, 11 ene. 2005, rad. 1451; reiterada en STC7135-2016, 2 jun., rad. 2016-01050).

Más aún cuando las conclusiones del sentenciador accionado tuvieron en cuenta las manifestaciones realizadas al sujeto de especial protección en el proceso, en estricta observancia de su la capacidad de ejercicio progresiva⁹, nueva en tratándose de los menores de 18 años, la cual quedó plasmada expresamente en el inciso 2º del artículo 26 del estatuto de la Infancia y de la Adolescencia, al señalar que *«(e)n 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»*; de ahí, que el sentir del menor sea de suma importancia a fin de interpretarlo para buscar la

⁹ Herrera, Marisa (2009), Ensayo para pensar en una relación compleja: Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de los niños, niñas y adolescentes desde el principio de la autonomía Progresiva en el derecho Argentino, en la Revista "Justicia y Derecho del Niño", número 11, Santiago de Chile, p. 109.

mejor forma de contribuir a su consolidación como ser autónomo, como, en efecto, acá ocurrió.

Regla con asidero en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, según la cual:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Además, recuérdese que el estado civil del menor no se reduce a una noción formal, sino que supone el reconocimiento de sus antepasados con miras a desarrollar un vínculo afectivo con ellos, circunstancia que debe prevalecer y mantenerse con independencia del querer individual de sus ascendientes, por lo que la figura de custodia compartida convalida el desarrollo de una historia familiar con miras a la estabilidad que el infante requiere para su buen desarrollo emocional y material.

4. Ahora, al margen de lo anterior, cabe resaltar que en el evento de que las condiciones actuales lleguen a cambiar, la interesada cuenta con las acciones consagradas por el legislador para que se decida oportunamente sobre la custodia y cuidado personal del menor, como también el

régimen de visitas, toda vez que las decisiones en esta materia no hacen tránsito a cosa juzgada.

5. Por lo demás, de cara al tipo de proceso ahora auscultado, resulta de suma importancia resaltar que en virtud del interés superior del menor consagrado en la carta política, las leyes colombianas han avanzado en el tema de la custodia de los menores ante la separación de sus padres; es así, que el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006, consagra que *«la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida por 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.** En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos»* (se destaca).

Así mismo, el canon 23 del Código de la Infancia y Adolescencia estipula que *«**los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral.** La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivían con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o sus representantes legales»* (se

destaca); de ahí que la custodia de los menores pueda ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria en aras de brindar el apoyo y el amor necesario para el menor, sin olvidar que el cuidado personal de éste no sólo le corresponde a sus ascendientes, sino también a quienes convivan y compartan con ellos en su contorno cotidiano, en el sentido amplio de la familia.

Al respecto la Corte Constitucional, al analizar el interés del menor de tener una familia y la obligación de los padres de brindar la orientación y el amor requerido, pese a existir una separación de los progenitores, ha precisado que:

...los niños requieren para su crecimiento del cuidado, del amor y del apoyo de sus padres, o de lo contrario se crecerá en un ambiente de soledad y desamor, que les impedirá potenciar sus capacidades y su personalidad. En este contexto, “[e]s inconcebible la vida de un ser humano, al que no se le brinda el más mínimo sentimiento o expresión de amor o cariño. El amor se constituye en el presupuesto fundamental y esencial de la vida humana: no sólo a la persona se le debe amar, sino que debe tener la oportunidad de expresar y manifestar su amor hacia quienes lo rodean”. En efecto, procrear implica la obligación, por parte de sus progenitores, de brindarle amor al niño para su formación “(...) aún después de la crisis, ruptura o separación de la pareja”. Sostuvo entonces la Corte que “[e]n esos momentos de dificultad, de crisis, es cuando el niño requiere del mayor apoyo y amor de sus padres para evitar traumas en su desarrollo emocional (CC T-311/17).

Si bien la custodia compartida de los menores surge, en la mayoría de casos, a partir de la separación de los padres, la que en algunas ocasiones va aparejada de la inexistencia de domicilios comunes, debe privilegiarse el

vínculo familiar para con los niños, el apoyo y el amor necesario para su crecimiento, así como la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos ascendientes, razón por la que en aras del interés superior del menor se puede optar por un sistema alternativo para con los infantes, en cuanto al tiempo y los lugares de residencia con cada uno de los progenitores, en tanto como el padre y la madre cuenten con las capacidades físicas y psicológicas para establecer una relación directa con ellos y garantizar las prerrogativas y necesidades del infante, siempre que éste encuentre allí un lugar idóneo para potencializar la construcción de su ser, y sin perjuicio de las reglas sobre regulación de visitas y la obligación alimentaria respectiva, a fin de no desestabilizar al menor.

Y es que, la ausencia de un hogar conjunto entre los padres o la cesación del mismo, no enerva la posibilidad de que sus descendientes cuenten con estables vínculos afectivos con los mismos, en tanto tal situación no suponga riesgos emocionales o físicos, caso en el cual la custodia pueda llegar a ser compartida. En ese contexto, las conductas de los progenitores, especialmente, la de los padres que buscan separar al niño del otro, no pueden ser admitidas, máxime cuando los dos ascendientes disponen de los medios para brindarle al niño el amor y la estabilidad que requiere para su desarrollo armónico, al punto que este manifiesta su decisión de convivir con ambos.

6. Finalmente, y aunado a lo anterior, se destaca que, de cara al derecho comparado, ante la trascendencia de

esta temática, otros países han optado por reglamentar lo referente a la custodia compartida, como se ejemplifica en lo sucesivo.

6.1. Es así que en España fue incorporada a través de la Ley 15 de 2005, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Ello en desarrollo del artículo 39-2 de la Constitución de 1978 que consagra la obligación de los poderes públicos, en conjunto con la familia, de asegurar la protección integral de los hijos.

Entre las introducciones de este ordenamiento se destaca la nueva redacción del artículo 92 de Código Civil, que sobre la custodia compartida dictamina:

(...) 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (...).

De la anterior glosa se extrae que el objeto de la institución en cita es el interés superior del menor, el cual se impone para consolidar la custodia compartida, incluso

si no se logra un acuerdo entre padres en el trámite de regulación.

Asimismo, la doctrina española ha conceptualizado sobre ese tópico¹⁰:

...el fundamento teórico de la institución reside en la idea de que la separación o el divorcio ponen fin a la convivencia entre los progenitores, pero no a los vínculos familiares; ello supone que los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres con respecto de sus hijos comunes, una vez sobrevenida la crisis convivencial, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenía con anterioridad. Este fundamento se corresponde con los conceptos de patria potestad y responsabilidad parental de los progenitores..., la plena igualdad jurídica de las personas..., de los cónyuges... y de los hijos ante la ley.

...sería aquel modelo de guarda y custodia en el que ambos progenitores se encargan en forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores. En otro sentido,... consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de «guardador» y «visitador»... lo cual, en abstracto, les coloca en pie la igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de la pareja.

6.2. Igualmente, en países como Italia tal figura está normada en la Ley 54 de 2006, la que en lo que respecta a la custodia compartida o «*affidamento congiunto*» modifica el artículo 155 del Código Civil e incorpora los cánones «155 bis, ter., quater, quinto y sexto», precisando¹¹:

¹⁰ Pinto Andrade, Cristóbal (2009). La Custodia Compartida – Editorial Bosch S.A.: España.

¹¹ Kemelmayer de Carlucci, Aída (2010). *El nuevo Derecho de Familia*. Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Ed. Ibáñez: Bogotá.

(...) art. 155 (Procedimiento con relación a los hijos). Aún en caso de separación personal de los progenitores, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción por parte de ambos, y a conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada rama de ambos progenitores.

Para la realización de la finalidad indicada en el párrafo anterior, el juez que pronuncia la separación personal de los cónyuges dicta una resolución que tiene base exclusiva en el interés moral y material de la prole.

Tal decisión valora prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores queden bajo la custodia de ambos padres, o establece a cuál de éstos se atribuye la custodia de los hijos, determina el tiempo y la modalidad de su presencia en cada uno de los padres, fija otras medidas, y el modo en que cada uno debe contribuir al mantenimiento, a la custodia, a la instrucción y a la educación de los hijos (...).

6.3. Por otra parte, en países como Francia la residencia alterna es rogada, por ende, la decreta el órgano judicial competente, y para su concesión se han de apreciar circunstancias como el lazo afectivo del menor con cada uno de sus ascendientes, la aptitud de estos últimos en lo tocante a la crianza, los resultados de los informes sociales rendidos y, por extensión, pruebas periciales¹².

6.4. Por la misma línea, en Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, entró a regular el tema de la custodia sobre hijos cuyos padres se han separado.

Así, el artículo 649 dictamina que *«[c]uando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos...»*, mientras que

¹² Aramburu Muñoz, Isabel y otros (s.f.) *Estudio de Derecho comparado sobre la custodia compartida*. Coordinadora: Rosa Pérez-Villar Aparicio. Recuperado de: http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio_custodia_compartida_def.pdf.

el canon 650 señala las modalidades del «*cuidado personal compartido*», a saber:

-Alternado: «(...) *el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia...*».

-Indistinto: «(...) *el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado...*».¹³

6.5 Así las cosas, 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 progeneritura 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.

7. En atención a lo expuesto, por las razones acá expuestas, se confirmará el fallo de primer grado.

¹³ Ley No. 26.994 de 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el fallo impugnado.

Comuníquese mediante telegrama a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de Sala



MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

~~ARIEL SAJAZAR RAMÍREZ~~

~~OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE~~

~~LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA~~