

COMENTARIO CRÍTICO AL PROYECTO DE LEY 005 DE 2008

*“Por medio de la cual se establece el Régimen de
Custodia Compartida de los hijos menores”*

*Ileana Marlitt Melo Salcedo**

El Senador Juan Carlos Vélez Uribe presentó el 19 de noviembre de 2008, - previa introducción de algunas modificaciones frente al proyecto original¹, informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 005 de 2008, “*Por medio de la cual se establecerá el Régimen de Custodia Compartida de los hijos menores*”, Este proyecto, luego de una modificación al artículo 5º, fue aprobado por la plenaria de esa Corporación, según consta en el Acta 028 de 2008². Siguiendo el proceso legislativo, el proyecto se trasladó a la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes y fue recibido allí el 7 de mayo de 2009, correspondiéndole el No. 337 de 2009 Cámara³.

**Doctora en Derecho por la Universidad Alfonso X el Sabio, Madrid (España)
Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda Bogotá (Colombia).*

¹ El Ponente señala que inicialmente el proyecto se identificaba con el No. 249 de 2008 y que contenía diez (10) artículos, de los cuales los nueve primeros establecían la custodia y cuidado personal de los hijos. La custodia en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. El reparto de la custodia y cuidado personal de los hijos. Igualdad de derechos y obligaciones, las causales para la pérdida de la custodia y cuidado personal. El acuerdo de cesión temporal de la custodia. La pérdida temporal de la custodia. El incumplimiento del régimen de custodia compartida. Y, que de igual manera se proponía una modificación al artículo 230 del Código Penal” Vid. En la Secretaría del Senado, Gaceta No. 825 de 2008, accesible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

² *Ibidem*, Gaceta No. 158 de 2009, accesible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

³ *Cfr.* La información que reposa en la página de la H. Cámara de Representantes, el proyecto se encuentra pendiente para ponencia para Primer Debate en dicha Comisión, el cual se identifica con el No. 337/09 Cámara, 05/08 Senado, “por medio de la cual se establece el régimen de custodia compartida de los hijos menores”; autor H.R: Guillermo Santos Marín HHSS. Mauricio Jaramillo y Juan Carlos Vélez Uribe. ponentes H. R.: Carlos Arturo Gálvez Mejía; texto aprobado en Senado Gac.: 271/09, recibido en comisión: mayo 07/09, Estado: pendiente ponencia. Publicación de la ponencia en la Gaceta Cámara No. 744 de 2009, accesible en http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20070730/asocfile/337_09_p_p_camara_custodia_compartida_rep_carlos_arturo_galvez_mejia.doc

El texto aprobado en la Plenaria del H. Senado de la República, es el siguiente:

“TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, EL 22 DE ABRIL DE 2009, por medio de la cual se establece el Régimen de Custodia compartida de los hijos menores⁴.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Custodia y cuidado personal de los hijos.* La Custodia y Cuidado Personal de los hijos corresponde de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente y a los terceros autorizados en los casos establecidos en la legislación civil. La custodia compartida es una forma más de otorgar la custodia, por mutuo acuerdo de ambos padres o a falta de acuerdo, por el Juez de Familia.

Artículo 2°. *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 procurará un régimen de custodia que privilegie períodos iguales de tiempo, atendiendo entre otros la residencia de los padres y primando el interés superior del menor. Este régimen se determinará por el mutuo acuerdo de ambos padres mediante los mecanismos de conciliación prejudicial contemplados en la Ley 640 de 2001. A falta de acuerdo, el Juez de Familia del domicilio del menor, a petición de parte, determinará el régimen de Custodia más adecuado mediante el Proceso Verbal Sumario contemplados (sic) en el Código de Procedimiento Civil, respetando siempre los criterios de igualdad contemplados en este artículo.

Parágrafo 1°. Cada progenitor se encargará de los gastos del menor durante el tiempo que conviva con él, teniendo en cuenta la capacidad económica de los progenitores. El juez deberá imponer al padre que esté en mayor capacidad económica, la obligación de contribuir al otro de menor capacidad para efectos de asegurar que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

⁴ Gaceta del Congreso 271 del 5 de mayo de 2009, accesible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

Parágrafo 2°. Al establecer el régimen de custodia a que se refiere el presente artículo, el Juez de Familia tendrá en cuenta el periodo de lactancia materna, permitiendo contactos frecuentes con cada uno de los progenitores, sin perjuicio del régimen de visitas y de salidas del país.

Artículo 3°. *Igualdad de derechos y obligaciones.* Los derechos y obligaciones que emanan de este régimen de custodia serán iguales para ambos padres. La comunicación entre el padre o madre y su hijo menor tendrá carácter inalienable e irrenunciable.

La suspensión, disminución o restricción del régimen previsto deberá fundarse en causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad o la salud del hijo menor. Dichas causas deberán ser apreciadas con criterio restrictivo y riguroso.

Artículo 4°. *Cambio de residencia.* Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el menor y respetar los vínculos de este con el otro progenitor.

Todo cambio de residencia o la salida del país de uno o ambos progenitores, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la custodia compartida, deberán comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, uno de los progenitores podrá solicitar al Juez de Familia que adopte una decisión en función del interés superior del niño.

El incumplimiento de estas obligaciones acarreará la pérdida de la custodia para el padre infractor, sin perjuicio de las sanciones previstas en la legislación civil y penal para la pérdida de la patria potestad, y el ejercicio arbitrario de la custodia.

Artículo 5°. El artículo 5° del Proyecto de ley número 05 de 2008, quedará así:

Pérdida de la custodia y cuidado personal. Sin perjuicio de las causales previstas para pérdida de la patria potestad, la custodia y el cuidado personal de los hijos se pierden por resolución emanada del Juez competente en los siguientes casos:

1. Abandono de los hijos por parte del que la tiene.
2. Maltrato físico hacia los menores por parte de quien la tiene.

3. Forzar o inducir a la prostitución de los menores por parte de quien la tiene.
4. Forzar o inducir a la delincuencia de los menores por parte de quien la tiene.
5. Fallecimiento del progenitor Tutor.
6. Declaración de Interdicción legal del Progenitor tutor, siempre que la discapacidad que dé origen a la interdicción tenga relación con el adecuado ejercicio de la custodia.
7. Renuncia expresa de la Custodia del progenitor que la ostenta.
8. Por drogadicción del padre que ostenta la Tuición.
9. Inducir o forzar a los menores a desdibujar la imagen o cometer hechos que dañen la dignidad, credibilidad y honra del progenitor que no tiene la custodia.
10. Efectuar denuncias temerarias ante cualquier Juez de la República contra el padre que no ostente la calidad de tutor y que en sentencia definitiva y ejecutoriada sea absuelto el padre demandado por falta de méritos.
11. Por las demás causales Indicadas en el Código Civil y leyes complementarias.

Artículo 6°. *Acuerdo de cesión temporal de la custodia.* El padre o la madre de mutuo acuerdo podrán avenir la cesión temporal del derecho a custodia, por un periodo determinado, el cual será previamente autorizado por el Juez de Familia, sin perjuicio del derecho que le asiste a los progenitores a tener contacto personal con sus hijos, salvo que concurra alguna causal que ocasione peligro grave hacia el menor.

Artículo 7°. *Incumplimiento del Régimen de Custodia compartida.* El incumplimiento del régimen de custodia establecido en la presente ley, acarreará multa hasta de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes según el caso, mediante incidente que se iniciará de oficio o a petición de parte, ante el Juez de Familia del domicilio del menor y se resolverá dentro de los diez (10) días siguientes a la ocurrencia del hecho, sin perjuicio de incurrir en el delito de Ejercicio Arbitrario de la Custodia.

Artículo 8°. El proceso de custodia a que se refiere la presente ley, deberá ser acompañado por estudios obligatorios de equipos técnicos interdisciplinarios integrados por lo menos por un psicólogo y un trabajador social. Dichos conceptos tendrán el carácter de dictamen pericial que deberán ser tenidos en cuenta por el juez al momento de tomar la decisión.

Artículo 9°. *Vigencia.* Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Con el propósito de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992, me permito presentar el texto definitivo aprobado en Sesión Plenaria del Senado de la República, el 22 de abril de 2009, al Proyecto de ley número 05 de 2008, *por medio de la cual se establece el Régimen de Custodia compartida de los hijos menores*, y de esta manera continúe su trámite legal y reglamentario ante la Cámara de Representantes.

Juan Carlos Vélez Uribe,
Ponente.”

- **¿Qué es lo que justifica el proyecto de Ley de Régimen de Custodia Compartida?**

Tal y como se había estudiado en el proyecto original No. 249 de 2008 -y que se recoge en el actual proyecto-, *la custodia compartida es una reivindicación irrenunciable de los padres separados, reconocida así en muchos países durante ya varios años*, -por ello considera el Ponente: que es imprescindible que se aplique en nuestro país por los efectos benéficos para los niños⁵.

Con base en el interés superior del niño, en el sentido de que comparta con sus padres el mismo tiempo, según serios estudios psicológicos que trae la exposición de motivos, se concluye, en resumen, que el menor obtendrá más beneficios que en un régimen monoparental, en los campos de la sociabilidad y del aprendizaje.

⁵ Vid. Secretaría Senado, accesible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3 Gaceta Congreso No. 825 de 2008.

Sin embargo, llama la atención que este nuevo proyecto de ley, el No. 005 de 2008, no resuelve sino en un solo caso, el régimen del menor, es decir, sólo para el evento en que los padres, por desavenencia, se hayan *separado, divorciado o anulado su matrimonio*. Pero los demás casos, en que también podría presentarse el régimen de custodia compartida, no los trata y, se convierte entonces, en un proyecto que de convertirse en ley de la República, sólo sería excluyente y, el interés superior del niño, que es en definitiva lo que se busca con esta nueva regulación, quedaría en letra muerta para los demás.

- **Múltiples casos que, por no haberse incluido en el proyecto de ley, quedan por fuera y sin respuesta**

Se contemplan en este acápite algunos de los múltiples casos de hogares monoparentales donde el menor nunca ha tenido contacto alguno con uno de los padres; en estas situaciones no entra este proyecto de ley.

Así por ejemplo, el caso de madres o padres solteros en que, luego de meses e incluso años, aparece el otro padre del menor con la intención de reconocer a su hijo y compartir su custodia, ¿qué sucedería en este tipo de situación? Este proyecto de ley no lo contempla. El mismo caso anterior, pero cuando el padre (que no ha tenido la custodia y cuidado de su menor) es *extranjero* y luego de meses o incluso años pretende obtener la custodia ¿cómo se resuelve esta situación si el proyecto de ley no lo contempla? Podría acogerse al régimen de custodia compartida sin ninguna implicación por su descuido o desatención?

Otro ejemplo significativo es el caso del hijo producto de una violación sea de un extraño, de un conocido o familiar. ¿Qué sucedería en este caso cuando se purgue la condena?

Y en el evento de aquellas madres o padres que por años han decidido asumir la custodia, cuidado y gastos de sus hijos menores, porque el otro padre, separado y desentandido hace años del hogar, se presenta con que quiere compartir la custodia en igualdad de condiciones, ¿qué se prevé para este caso? Máxime si la madre o el padre que ha asumido las obligaciones para con su(s) hijo(s), no ha querido entablar ninguna querrela o demanda para no desdibujar la imagen del otro padre o por posibles amenazas contra su integridad o la de su menor.

Ahora bien, cuando los niños no tan pequeños, adolescentes por ejemplo, que han vivido en un hogar monoparental y luego por imperio de la ley *deben* entrar a un régimen de custodia compartida, ¿no tienen acaso el derecho a que se les interroge o a decidir si quieren compartir en igualdad de condiciones el tiempo con cada uno de sus padres? Según los comentarios expuestos al proyecto original 249 de 2008 (Archivado) [...] < la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión >⁶.

Y es que los años de soledad o de desinterés de uno de los padres por sus hijos hacen mella en él, sin necesidad de que el otro le desdibuje la imagen: simplemente, como ser humano, comprende igualmente siente. Así, ¿por qué no consultar con el menor si quiere o desea estar con el otro padre (que no le ha prestado atención por años) en igualdad de condiciones con el padre bajo cuyo cuidado ha estado? ¿No es el interés superior del niño lo que se predica?

Existen estos casos y más, pues la lista puede extenderse. Sin embargo, se han destacado algunos de los más frecuentes que no aparecen en el proyecto de ley. ¿Los dejamos para que los decida un Juez de la República porque la ley se quedó corta en ello?

- **La inconveniencia de la Ley por falta de Unidad de Materia y otros vacíos**

Es cierto que la exposición de motivos del proyecto original recogida para el proyecto actual No. 005 de 2008, es rica en estado del arte y marco teórico sobre las ventajas que se obtienen con una custodia compartida frente a una monoparental, pero tal y como se expone en el actual proyecto de ley que acaba de surtir dos debates, sólo refleja unos intereses particulares que, so pretexto del interés superior del niño, quieren convertir en ley de la República.

Queremos llamar la atención respecto de este proyecto, pues si deseamos una buena norma, ella debe tratar de abarcar los casos más frecuentes en

⁶ Vid. Secretaría Senado, accesible en http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3, Gaceta Congreso No. 323 de 2008.

nuestra sociedad colombiana, sin tener por qué inventárnoslos: están ahí, son palpables, y no son de nuestra propia cosecha.

El proyecto de ley prevé que el régimen de custodia compartida *es una forma más de obtener la custodia*. Leyendo desprevenidamente esta frase puede pasar desapercibida, pero el texto íntegro señala: *es obligatorio ponerse de acuerdo si no, le corresponderá al Juez decidir*. Esta *otra forma de obtener la custodia*, es la principal y obligatoria, so pena de dejar a un Juez que decida quién deberá asumir la custodia, siempre en función del interés superior del niño *e iguales derechos de los padres*. Nos preguntamos cómo tasar ése interés superior del menor, en aquellas situaciones en que uno de los padres, por alguna razón, viene asumiendo la custodia y ha mantenido un estrecho vínculo con su menor hijo. ¿Sería en la medida de las posibilidades económicas o emocionales físicas y mentales del menor? ¿Qué pesará para los sicólogos y expertos que deban apoyar la labor del Juez, cuando de por medio está un concepto jurídico indeterminado?

El “*repartirse*” voluntariamente el cuidado o la tuición del niño, que es en últimas lo que se infiere del articulado del proyecto, trae más complicaciones que beneficios, máxime en un país como el nuestro: cerca del 90% de las parejas casadas o no, terminan su relación por desavenencias o infidelidades. Por ello, pretender *imponer como primera medida un régimen voluntario de custodia compartida*, so pena de acudir al juez, no resulta comparable con Estados más evolucionados “socialmente”, por decirlo así; creemos que no es aplicable a nuestra realidad: quedaría en letra muerta si, en últimas, le viene a corresponder al Juez definir la custodia dando un tratamiento igual a los derechos de los padres y de acuerdo con el *interés superior del niño*, cuando éste último principio es el que debería prevalecer, porque está por encima de cualquier derecho de los padres o de uno de ellos.

A su turno, el proyecto se queda corto cuando habla de la conciliación prejudicial, y por ello nos preguntamos: ¿acaso la conciliación judicial no puede darse por haberse iniciado ya el proceso? Opinamos que sí, pero se da a entender que se la excluye, siendo necesario incorporarla expresamente en el articulado.

Además, se prevé que la custodia se pierde por “drogadicción”. ¿Qué pasa entonces con los padres *alcohólicos* o *adictos al juego*? Los *alcohólicos* son más violentos y son los causantes, en un gran porcentaje, de las riñas intrafamiliares y en algunos casos de las separaciones, divorcios y demás

desavenencias de una pareja, que ponen en grave peligro el bienestar no sólo físico sino inclusive mental del menor. Y en el segundo caso, la *adicción al juego* puede convertirse en una especie de abandono temporal del menor, y es mal ejemplo. ¿Por qué no se incluyeron estos casos tan sobresalientes que generan inestabilidad física y emocional del menor? En ese mismo sentido, existen también otras situaciones de los padres que no han cohabitado con su hijo, como las personales (por el trabajo del padre o de la madre), físicas y psicológicas (sin que exista interdicción judicial), que pueden afectar el estado emocional del hijo menor, y tampoco se resuelven con el actual proyecto de ley.

El “repartirse” por igual el cuidado del menor puede parecer muy sencillo, pero en la práctica, ¿cómo someter al menor a un cambio permanente de residencia, de colegio, incluso de región o de país, cuando está en la etapa primaria o aun en la secundaria? Otra vez volvemos a la misma inquietud: por más civilizados que sean los padres, el retiro por periodos largos de seis meses o incluso un año, cómo se podría instrumentalizar, cuando alguno de los padres no vive en el mismo sitio que el otro o cambia de lugar de residencia?

¿Cómo se le dice al menor que debe dejar su colegio, sus amigos, su familia materna o paterna, su entorno por seis meses, o por un año, sólo para cumplir los deseos de alguno de los padres? Por lo menos alguna Institución educativa sería no le va a permitir que curse medio semestre en un lado y medio en otro; son situaciones difíciles de resolver y que en realidad, perjudican la estabilidad física y mental del menor en lugar de otorgarle beneficios y, ello en el articulado no se ve reflejado-, por lo que le corresponderá al operador jurídico enfrentarse a este tipo de situaciones. ¿Qué hacer? Pues de aprobarse el proyecto como está, será el juez (apoyado en expertos) el que decida; con lo cual, el régimen de custodia compartida *como otra forma de obtener la custodia*, sería útil: veríamos ante todo, batallas por la custodia de los hijos menores y en menor proporción, el sacrificio de madres o padres por el bienestar de su hijo, al cual no querrían ver convertido en *judío errante* sin una región, idiosincrasia, incluso cultura, en qué arraigarse.

Podríamos destacar también el siguiente comentario hecho al proyecto original que fue archivado, el No 249 de 2008:

[...] Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y

social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. Es más, la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a este (sic) a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable⁷.

Por lo anterior, nos cuestionamos si vale la pena todo este engorroso trámite legislativo que no soluciona la problemática de la custodia monoparental y por el contrario, sí existen grandes vacíos temáticos. Lo que nos hace juzgar que este proyecto de ley es inconveniente, inoportuno y atropella el principio del interés superior del niño; pues ¿qué pasa entonces en los demás casos expuestos y planteados? Debemos advertir que el objeto de la ley, si se trata de custodia compartida, debe incluir por unidad de materia, todas las aristas del tema y no sólo un caso, pues es en los otros en donde mayoritaria y verdaderamente radican los principales inconvenientes.

Ahora que hemos reparado, con ocasión de la noticia del diario El Tiempo, en esta futura ley, vemos más objeciones que beneficios. Esperamos que esto no se convierta en una batalla por el cuidado de los hijos y que ello no perjudique al menor, pues el contacto permanente también *puede darse con un correcto régimen de visitas*, sin perjudicar la estabilidad emocional del menor, que es lo que prima sobre cualquier interés de un grupo de padres actualmente excluidos (separados, divorciados, anulados sus matrimonios).

Podemos concluir que compartimos la idea de concebir un régimen de custodia compartida que no signifique la repartición matemática del tiempo del menor con cada uno de sus padres, pues la custodia compartida no puede significar sólo tiempo en igualdad de condiciones, sino también asunción del cuidado y amor del menor, en otras palabras, el régimen de custodia compartida no puede significar la tenencia física del hijo menor, como se pretende en el proyecto de ley; por lo mismo, nos atrevemos a calificarlo como mediocre en su contenido y utilitarista al valerse del principio del interés superior del niño para un solo caso concreto, para el de los padres separados, divorciados o anulados sus matrimonios.

⁷ Ídem.

Lo más coherente es archivar este proyecto y proponer otro, con el objeto de unificar, en un solo proyecto de ley, todas estas situaciones que son propias de nuestra realidad, insistiendo en la necesidad y prioridad de los acuerdos de un régimen de visitas, que también son benéficas para el menor, y sólo dejar los casos extremos o difíciles a la decisión del Juez.

