

DECISIONES SOBRE CUSTODIA Y VISITAS:

LA PERSPECTIVA JURÍDICA Y FAMILIAR



ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA

KAREN RIPOLL NUÑEZ

ELVIA VARGAS-TRUJILLO



Decisiones sobre custodia y visitas

Para citar este libro: <http://dx.doi.org/10.7440/2015.74>

Decisiones sobre custodia y visitas

La perspectiva jurídica y familiar

Isabel C. Jaramillo Sierra, Karen Ripoll Núñez y Elvia Vargas Trujillo

Universidad de los Andes
Facultad de Ciencias Sociales
Departamento de Psicología

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina

Decisiones sobre custodia y visitas: la perspectiva jurídica y familiar / Isabel C. Jaramillo Sierra, Karen Ripoll Núñez, Elvia Vargas Trujillo. – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Facultad de Psicología, Ediciones Uniandes, 2015.

178 páginas; 17 x 24 cm.

ISBN 978-958-774-207-7

1. Custodia de niños – Legislación – Colombia 2. Custodia de niños – Toma de decisiones – Investigaciones – Colombia 3. Relaciones familiares – Investigaciones – Colombia I. Ripoll Núñez, Karen Judith II. Vargas Trujillo, Elvia III. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho. IV. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Psicología V. Tít.

CDD 346.017

SBUA

Primera edición: noviembre de 2015

© Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Karen Ripoll Núñez y Elvia Vargas Trujillo

© Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 339 4949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

Departamento de Psicología

Publicaciones Facultad de Ciencias Sociales

Carrera 1.ª n.º 18A-12, Bloque G-GB, piso 6

Bogotá, D.C., Colombia

Teléfono: 339 4949, ext. 4819

<http://publicacionesfaciso.uniandes.edu.co>

publicacionesfaciso@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-207-7

ISBN e-book: 978-958-774-208-4

DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/2015.74>

Corrección de estilo: Luz Ángela Uscátegui Cuéllar

Diagramación interior: Procceditor

Diseño de cubierta: Víctor Gómez

Impresión:

Editorial Kimpres S.A.S.

Calle 19 sur núm. 69C-17

Teléfono: 4136884

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Contenido

Agradecimientos · xi

Introducción · 1

Marco de referencia del estudio · 5

Marco legal · 5

Antecedentes empíricos · 18

Metodología · 23

Participantes · 24

Técnicas de recolección de información · 28

Consideraciones éticas · 31

Resultados · 33

Criterios para la toma de decisiones · 33

Prácticas de los diferentes actores en casos de custodia,
visitas y alimentos · 55

Discusión de resultados y conclusiones · 109

El principio del interés superior del menor · 109

Creencias de jueces y abogados sobre el rol de mujeres
y hombres en la crianza · 112

Creencias de jueces y abogados sobre las identidades
sexuales diversas · 113

Papel de los jueces y abogados en el manejo del conflicto familiar ·	114
Experiencias de padres y madres ·	116
Implicaciones para la formación profesional, la definición de políticas y la intervención ·	121

Referencias · 125

Anexos

Anexo 1A. Guía para la entrevista cualitativa a jueces ·	131
Anexo 1B. Guía para la entrevista cualitativa a abogados ·	134
Anexo 1C. Guía para la entrevista cualitativa a usuarios del sistema ·	138
Anexo 2A. Decisiones sobre custodias, alimentos y visitas ·	141
Forma JF ·	141
Anexo 2B. Decisiones sobre custodias, alimentos y visitas ·	149
Forma AL ·	149
Anexo 2C. Decisiones sobre custodias, alimentos y visitas ·	158
Forma US-P ·	158
Anexo 3A. Formato de consentimiento entrevistas ·	166
Anexo 3B. Formato de consentimiento cuestionarios ·	168

Índice de tablas y gráficas

Tablas

1. Características demográficas de la muestra: sexo, estado civil y orientación sexual · 24
2. Características demográficas de la muestra: edad según el sexo · 26
3. Año y universidad de titulación (pregrado) · 38
4. Número de cursos tomados en pregrado y posgrado según temática · 40
5. Razones por las cuales es importante el estudio de temas en psicología · 41
6. Creencias de jueces y abogados sobre la madre, el padre y ambos como cuidadores · 43
7. Confianza que experimentan jueces y abogados en profesionales que actúan como peritos · 46
8. Percepción de la influencia de los aspectos evaluados por peritos · 46
9. Porcentaje de casos en los cuales ha solicitado evaluaciones de expertos (último año) · 77
10. Situaciones de la madre o del padre que se presentaron en casos de custodia en el último año y en las cuales el abogado solicitó evaluación de peritos · 77
11. Situaciones de la madre o del padre que se presentaron en casos de custodia en el último año y en las cuales el juez solicitó evaluación de peritos · 78
12. Tiempo transcurrido entre la separación y el inicio de los trámites de divorcio · 81
13. Tiempo que demoraron los trámites de divorcio · 82

14. Decisiones sobre cuotas de alimentos y sostenimiento de los hijos · 86
15. Factores para la decisión de custodia · 88
16. Cumplimiento de decisiones de custodia según el contexto en el cual fueron tomadas · 101
17. Situaciones por las cuales tuvieron que reformularse decisiones sobre la tenencia de hijos · 102

Figuras

1. Casos fáciles y difíciles para los jueces · 35
2. Necesidades en formación jurídica · 37
3. Especializaciones realizadas por jueces y abogados · 39
4. Situación laboral de los hombres al momento de la separación · 79
5. Situación laboral de las mujeres al momento de la separación · 80
6. Tipos de decisiones sobre custodia de los hijos reportadas por los hombres · 85
7. Tipos de decisiones sobre custodia de los hijos reportadas por las mujeres · 86
8. Decisión de cuota de manutención según el sexo · 87

Agradecimientos

ESTE ESTUDIO FUE financiado con recursos de la convocatoria de la Vicerrectoría de Investigaciones y de la Facultad de Derecho (versión 2011). Sin estos generosos aportes y el apoyo de las unidades correspondientes, no habría sido posible el trabajo conjunto de investigadores de distintas unidades académicas para conseguir la mirada única de la realidad familiar que aquí se aborda.

Fue igualmente invaluable el trabajo de asistencia en la investigación de Carlos Alberto Hermosa (estudiante de doctorado del Departamento de Psicología), María del Pilar Carmona (estudiante de maestría de la Facultad de Derecho), Juan Sebastián Jaime (estudiante de maestría de la Facultad de Derecho), Natalia Puerta (estudiante de pregrado del Departamento de Psicología), Susana Cuervo (estudiante de pregrado del Departamento de Psicología) y Mariana García Jimeno (estudiante de pregrado de la Facultad de Derecho).

Introducción

LA LITERATURA SOBRE la manera en la que se negocian y se resuelven las situaciones relacionadas con custodia y visitas en Colombia es prácticamente inexistente. En términos generales, se observa que la información se limita a unos pocos artículos monográficos e informes de estudios sociales en los cuales se comentan las normas jurídicas aplicables —los manuales y tratados sobre derecho de familia— o se describen los altos niveles de conflicto en torno a los delitos de inasistencia familiar y violencia intrafamiliar.

Conocer los factores relevantes para la toma de decisiones en materia de custodia y visitas es crucial para comprender la dinámica de las familias colombianas en momentos de crisis, así como los elementos de la decisión que pueden afectar el bienestar y la calidad de vida de sus integrantes, particularmente los menores de edad. En este estudio el interés se centró en identificar el papel tanto de las normas jurídicas como de las percepciones, creencias y actitudes en las prácticas de jueces, abogados y usuarios del sistema judicial de familia.

Para responder a los interrogantes del estudio se realizaron encuestas, entrevistas y grupos focales con jueces, abogados litigantes y usuarios. Si bien los datos recabados no nos llevaron a respuestas concluyentes sobre los elementos que tienen en consideración las personas de cada grupo para tomar decisiones, los resultados que exponemos en este informe nos permitieron elaborar algunas conclusiones sobre los sesgos presentes en el proceso, que son consistentes con los hallazgos disponibles a nivel internacional. Así, aunque se trata de un estudio exploratorio, este trabajo abre el camino para la investigación de las relaciones familiares desde la perspectiva familiar y la jurídica y proporciona elementos para plantear hipótesis que puedan ser corroboradas en el futuro. Más importante aún, los resultados de este estudio indican una dirección posible para la intervención en política pública, en un campo que

pocas veces recurre a la evidencia empírica en las reflexiones que conducen a la toma de decisiones.

La primera conclusión importante es que la custodia generalmente favorece a la mujer, ya sea por vía de la decisión de la pareja o de una decisión judicial. Este sesgo se apoya en creencias sobre las cualidades de las mujeres en relación con la crianza y sus estándares morales superiores. La contracara de esto, que constituye la segunda conclusión, es que cualquier actuación o conducta percibida como una falla moral de la mujer es juzgada con más dureza, tanto para justificar actuaciones violentas de los cónyuges hombres como para retirar a los menores de la custodia de la madre si el padre así lo desea.

Una tercera conclusión se refiere a los sesgos que se sustentan en las creencias sobre la orientación sexual y los efectos que esta condición pueda tener en la crianza de los hijos. Nuestros resultados apuntan a que los jueces tienen claro que la orientación sexual no puede ser un elemento a considerar al tener que decidir casos sobre custodia y visitas, dada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero prefieren no hablar del tema ni oír de él. Los abogados litigantes y los usuarios, por su parte, están convencidos de que los jueces fallarán en contra de las personas que expresan identidades sexuales diversas y actúan conforme a esto.

Un último conjunto de conclusiones tiene que ver con la manera y las razones por las que se judicializa el conflicto y los efectos de no judicializarlo. Encontramos que se judicializa una mínima parte del conflicto y se hace principalmente cuando hay divorcio contencioso, es decir, divorcio que no es por mutuo acuerdo, o cuando las dos partes son similarmente fuertes, económica y socialmente, y quieren retener la custodia de los hijos. Para los jueces, lo que resulta problemático de esto es que los casos de los que tienen conocimiento son “difíciles” y no disponen de las herramientas que requieren para hacer seguimiento de sus decisiones. Para los usuarios, la consecuencia de no judicializar el conflicto es resignarse a permanecer en una relación sin afecto o conflictiva o, por el contrario, aceptar un acuerdo que no es completamente equitativo, dadas las diferencias de poder entre las partes.

Cabe señalar que este estudio dejó por fuera un universo enorme de casos relacionados con custodia y visitas, y son aquellos que involucran hijos no maritales (nacidos fuera del matrimonio o de la unión marital). Así mismo, dejó por fuera a los funcionarios que con mayor frecuencia enfrentan estos casos: defensores y comisarios de familia¹. Suponemos que la mayor fuente

1 El defensor de familia es la autoridad administrativa encargada de garantizar, proteger y restablecer los derechos de niños, niñas y adolescentes, y sus funciones están consagradas en la Ley 1098 de 2006 y la Resolución n.º 0652 de 2011 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Con respecto a las actuaciones judiciales, el Estatuto del Defensor de Familia establece

de conflicto en este universo es la de los alimentos, y que el patrón de delegar la custodia en las mujeres se mantiene. Sin embargo, resulta de interés estudiar casos en los que no es así y verificar los criterios usados, tanto por comisarios como por defensores de familia, para tomar decisiones.

Así pues, consideramos que este estudio constituye un primer paso en el camino de comprender mejor las formas en las que las colombianas y los colombianos resuelven sus conflictos familiares y el papel que juega en ello el derecho. De cara al futuro, esperamos poder corroborar las hipótesis que resultaron de esta exploración y ampliar nuestra observación para incluir a quienes viven en la informalidad marital y los operadores del sistema que les brindan apoyo.

El libro está dividido en cuatro partes. En la primera parte, presentamos los antecedentes empíricos que fundamentaron el estudio, así como el marco legal aplicable en Colombia. En la segunda parte, presentamos la metodología que permitió capturar la información sobre las prácticas de los actores en el sistema, sus creencias y actitudes frente al tema. En la tercera parte, presentamos los principales hallazgos. Finalmente, incluimos un breve capítulo de discusión de resultados y conclusiones.

que el defensor de familia debe intervenir en los procesos donde se litigan derechos de niños, niñas y adolescentes, como los de suspensión o privación de la patria potestad; la emancipación judicial; sucesión y petición de herencia; procesos de filiación; investigación de paternidad e impugnación de paternidad y maternidad, entre otros. El comisario de familia, por su parte, es la autoridad administrativa encargada de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitados exclusivamente en el contexto de la violencia intrafamiliar. Sus funciones están consagradas en la Ley 1098 de 2006, ley de infancia y adolescencia, y en el Decreto 4840 de 2007. El comisario de familia cumple las funciones del defensor de familia en los municipios en los cuales el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha designado el funcionario.

Marco de referencia del estudio

Marco legal

La tenencia y el cuidado personal de los menores de edad en Colombia están regulados por cuatro diferentes cuerpos normativos: el Código Civil, el Código de Infancia y Adolescencia, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional. Una lectura sistemática de las reglas contenidas en estos cuerpos normativos apunta a un régimen estructurado en torno a tres principios: (1) la atribución de la tenencia y el cuidado personal de los menores de edad debe hacerse teniendo en cuenta el interés superior del menor; (2) deben prevalecer los derechos de los padres biológicos sobre los de otras personas involucradas en el cuidado del menor; (3) la relación entre madre e hijo merece una protección constitucional especial. Estos principios están acompañados de una regla consignada en el Código de Procedimiento Civil que le indica al juez que, para asignar la tenencia y el cuidado personal del menor, debe tener en cuenta “su sexo, su edad y la causa probada de divorcio”. A continuación explicamos las principales instituciones relacionadas con los conflictos en torno a la tenencia y el cuidado personal de menores de edad.

Patria potestad, tenencia y cuidado personal de los menores

Las relaciones entre padres e hijos en Colombia se organizan jurídicamente a través de la institución de la patria potestad, regulada por el Código Civil. El artículo 288 del Código Civil (modificado por la Ley 75 de 1968 y luego por el Decreto 2820 de 1974) la define así:

Es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

En este sentido, la doctrina establece que la patria potestad incluye tanto los derechos y deberes relacionados con lo patrimonial, como aquellos relacionados con lo personal. En lo patrimonial, incluye el derecho de los padres a recibir el usufructo y administrar los bienes que los hijos han recibido a título de donación o herencia y sin condición que excluya a los padres de uno o ambos roles —el Código Civil llama a estos bienes el *peculio adventicio ordinario* (artículo 291)—. En lo personal, incluye el derecho de los padres a representar a sus hijos judicial y extrajudicialmente (artículos 304-306, Código Civil), el deber de los hijos de respetar y obedecer a sus padres (artículo 250, Código Civil), el derecho de los padres a corregir moderadamente a sus hijos (artículo 262, Código Civil), el derecho de los padres a cuidar, criar y educar a sus hijos (artículos 253 y 263, Código Civil) y el derecho a visitar a sus hijos cuando estuvieren alejados de ellos (artículo 256, Código Civil).

Ahora bien, es importante aclarar que, desde 1982, la relación entre padres e hijos es regulada sin distinciones derivadas de la filiación, y que los derechos y deberes que involucra la patria potestad solamente pueden verse afectados por decisiones judiciales basadas en las causales de terminación previstas en el mismo Código Civil, en el artículo 315. Esto es, los padres tienen el mismo conjunto de derechos y deberes frente a sus hijos, ya sea que ellos hubiesen sido concebidos y nacidos dentro del matrimonio o no, aunque los padres sigan casados o se hubiesen divorciado (artículo 161, Código Civil).

Para aquellos casos en los que uno o ambos padres no pueden cuidar personalmente de sus hijos menores, el Código establece que el juez decidirá, con conocimiento de causa, en quién debe recaer esta obligación de tenencia y cuidado (artículos 254 y 255, Código Civil), prefiriendo siempre a los parientes más cercanos. El padre o los padres que no tuvieron el cuidado personal del menor, como se indicó anteriormente, tiene derecho a visitas.

En los casos de separación o divorcio de los padres, el Código de Procedimiento Civil (artículo 423) prevé que, en la decisión sobre a cuál de los dos