



CONCEPTO 34 DE 2016

(abril 18)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/

Bogotá D.C.,

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Consulta sobre Acuerdo de padres para regular derechos y obligaciones con su hijo menor de edad.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículos 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es posible aprobar un acuerdo conciliatorio de una pareja que está tramitando su divorcio de mutuo acuerdo ante notaría, el cual contiene entre otros, la regulación de una custodia compartida de su hijo menor de edad?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente estudiaremos 2.1 El trámite de divorcio ante Notario Público 2.2 La Conciliación extrajudicial en materia de familia; 2.3 La Custodia y Cuidado Personal; 2.4 La reglamentación de visitas; 2.5, El caso en concreto.

2.1. El trámite de divorcio ante Notario Público

Mediante la Ley 962 del 8 de julio de 2005[1] se autorizó la presentación de divorcio ante notario público por mutuo acuerdo. Al Respecto, en el artículo 34 de la citada disposición se contempla: "Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley. El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente (...)".

La petición de divorcio del matrimonio o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, debe contener según el artículo segundo del Decreto 4436 de 2005, entre otros:

"b). (...) y se informará sobre la existencia de hijos menores de edad;

c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas; (...)".

En virtud de lo anterior, en el evento que haya menores de edad y que se contemple en la petición de divorcio aspectos relacionados con los mismos, el párrafo del artículo 34 de la Ley 962 de 2005 señala que el acuerdo al que hayan llegado los cónyuges deberá ser enviado al Defensor de Familia, con el propósito de que emita concepto respecto a lo relacionado con los menores de edad.

Así las cosas, en el artículo tercero del Decreto 4436 de 2005 se precisa la intervención del Defensor de Familia en aquellos procesos en que exista acuerdo de los cónyuges para solicitar el divorcio y se esté en presencia de menores de edad.

2.2. Conciliación extrajudicial en materia de familia

La Ley 446 del 7 de julio de 1998[2] en el artículo 64 define la figura jurídica de la conciliación como "(...) un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador".

Dicha disposición, contempla en el artículo 65 que son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la Ley.

En ese sentido, resulta importante denotar que el acuerdo que se logra llegar entre las partes a través de la conciliación hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 446 del 7 de julio de 1998.

En sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001[3] la Corte Constitucional indicó que las características fundamentales de la conciliación son:

"1) La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados.

2) La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.

3) Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen

mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial.

4) La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

5) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

6) En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil.

7) Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*rei iudicata*) y presta mérito ejecutivo (art. 66. Ley 446 de 1998). (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, el artículo 19 de la Ley 640 de 2001 indica que se "podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios."

El artículo 31 de la Ley 640 de 2001 define que la "conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta

conciliación podrá ser adelantada por los promiscuos y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Estos podrán conciliar en los asuntos a que se refieren el numeral 4 del artículo 277 del Código del Menor y el artículo 47 de la Ley 23 de 1991". (Se subraya para destacar).

De acuerdo a la anterior normatividad, los defensores de familia y comisarios de familia están facultados para adelantar conciliaciones extrajudiciales en materia de familia, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad en los siguientes asuntos:

- La suspensión de la vida en común de los cónyuges;
- La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los niños, niñas y adolescentes;
- La fijación de la cuota alimentaria;
- La separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico;
- La separación de bienes y la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges;
- Los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales, y aquellos asuntos definidos por el artículo 40 de la Ley 640 de 2001, como sujetos a conciliación extrajudicial para acreditar requisito de procedibilidad en asuntos de familia.[4]

2.3. Custodia y cuidado personal

La custodia se refiere al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña.

A su turno, el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 indica que la custodia y cuidado personal es un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Así las cosas, la misma se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta,

siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

La custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Por tal razón en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos.

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos, 7, 8, y 9 que los menores de edad tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el Interés superior del menor de edad.

La protección a la niñez en el derecho interno, se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez (...) "gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad" (...).

En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres y la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por si mismos dicha tarea. De la misma manera resalta que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño y finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Ahora bien, respecto a los acuerdos que suscriben las partes frente a los derechos y obligaciones de sus hijos, específicamente en los trámites de divorcio de mutuo acuerdo, bien sea ante los Jueces de Familia o ante los Notarios, es importante señalar que los mismos contienen la manifestación expresa y libre de voluntades de quienes están llamados a garantizar los derechos de sus hijos.

De acuerdo con lo manifestado por el consultante, es importante señalar que contrario a lo que se dice en la consulta, las custodias compartidas son viables siempre y cuando las partes se encuentren totalmente de acuerdo con ello, de lo contrario y en caso de existir controversia sobre la custodia de un hijo menor de edad, deberá una autoridad administrativa de forma provisional o el juez de familia a través de un proceso verbal sumario, definir dicha situación en cabeza de alguno de los padres.

Así las cosas, si bien es cierto la figura de custodia compartida no se encuentra reglamentada en Colombia, no puede desconocerse que en aquellos casos en los que, las partes de común acuerdo regulan la custodia de sus hijos menores de edad de forma compartida, estableciendo claramente las fechas o temporadas como se desarrollará dicha situación, ésta voluntad debe ser acogida por la Autoridad Administrativa o Judicial, toda vez que se trata de la manifestación expresa y libre de la voluntad de las partes.

En ese sentido, debe indicarse que la función del Defensor de Familia cuando las notarías requieren de su concepto sobre el acuerdo conciliatorio que presentan las partes en el trámite de un divorcio de mutuo acuerdo, debe estar enmarcada en garantizar los derechos de los niños y verificar que con dicho acuerdo no se pongan en riesgo o vulneren sus derechos.

Por todo lo anteriormente expuesto, puede decirse que si es voluntad de los padres de un menor de edad regular una custodia compartida, no existe justificación alguna para negarse a la aprobación de dicha disposición plasmada en un acuerdo, puesto que, como ya lo hemos mencionado es una manifestación libre de las partes, a no ser de que, una vez verificada dicha situación se pruebe que con ella se vulneran los derechos del niño.

3. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas, se puede concluir lo siguiente:

Si bien es cierto en Colombia no se encuentra regulada la custodia compartida, los padres de un menor de edad, amparados en los derechos que ejercen derivados de la patria potestad, pueden a través de acuerdos conciliatorios, establecer la custodia de sus hijos menores de edad de forma compartida, indicando claramente las fechas o

temporadas como se desarrollará dicha situación, voluntad que debe ser acogida por la Autoridad Administrativa o Judicial, toda vez que se trata de la manifestación expresa y libre de la voluntad de las partes. Lo anterior, claro está, sino existe controversia entre los padres y se garantizan en su totalidad la protección integral de los derechos de los niños.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto[5] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 1755 de 2015, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNÁNDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.

2. Por la cual se adoptan como Legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1901 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

3. Corte Constitucional, sentencia C-893/01, acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 12. 23, 26, 30. 36 y 39 (parciales) de la Ley 640 de 2001, M.P: Clara Inés Vergas Hernández.

4. Resolución 5878 de 2010 por medio del cual se aprueba el Lineamiento técnico para Comisarías de Familia.

5. "Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el Art. 200 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello aparece. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio". Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.