

La custodia de menores en procesos de disolución de la unión marital de hecho y divorcio contencioso: análisis jurisprudencial y normativo en el contexto colombiano¹

Child Custody in the Dissolution of De Facto Marital Unions and Contested Divorce: A Jurisprudential and Normative Analysis in the Colombian Context

Diana Marcela Valencia Henao²

Jadir Mosquera Mosquera³

Corporación Universitaria Remington

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Especialización en Procedimientos en Derecho de Familia

2025

Resumen

¹ Artículo producto de los procesos académicos en la Especialización en Procedimientos en Derecho de Familia.

² Abogada estudiante de en la Especialización en Procedimientos en Derecho de Familia

³ Abogado estudiante de en la Especialización en Procedimientos en Derecho de Familia.

La custodia de menores en Colombia es una figura jurídica orientada a la protección integral de los derechos de niños, niñas, y adolescentes, especialmente cuando ocurre la ruptura de la vida en común de sus padres. Este artículo quiere analizar cómo se determina la custodia en los procesos de disolución de la unión marital de hecho y en el divorcio contencioso, bajo el prisma del interés superior del menor. Se revisan las normas legales aplicables, así como los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. también se contempla los desafíos jurisprudenciales y sociales que enfrenta el sistema judicial colombiano en la protección de la niñez en contextos de conflicto familiar. Se concluye la necesidad de fortalecer las capacidades técnicas de los jueces de familia para emitir decisiones fundamentadas en pruebas interdisciplinarias y centradas en los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Palabras clave: custodia de menores, divorcio contencioso, unión marital de hecho, interés superior del menor, jurisprudencia, derecho de familia.

Abstract

The custody of minors in Colombia is a legal figure oriented to the integral protection of the rights of children and adolescents, especially when the breakup of the common life of their parents occurs. This article aims to analyze how custody is determined in the processes of dissolution of de facto marital union and contentious divorce, under the prism of the best interests of the child. It reviews the applicable legal norms, as well as the criteria established by the Supreme Court of Justice and the Constitutional Court. It also contemplates the jurisprudential and social challenges faced by the Colombian judicial system in the protection of children in contexts of family conflict. It concludes the need to strengthen the technical capacities of family judges to issue decisions based on interdisciplinary evidence and focused on the rights of children and adolescents.

Key words: child custody, contentious divorce, de facto marital union, best interests of the child, case law, family law, family law

Introducción

La disolución de la unión marital de hecho y el divorcio contencioso involucran situaciones familiares en las cuales es fundamental proteger los derechos de los menores. La Constitución Política de Colombia consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, y la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) establece el interés superior del menor como principio rector de todas las decisiones judiciales. Sin embargo, en los procesos de disolución conyugal o de hecho en los que no existe acuerdo entre los padres surgen dudas sobre criterios precisos para asignar la custodia de los hijos, lo que requiere una interpretación judicial especializada. En este contexto, la pregunta de investigación es: ¿Cuáles son los parámetros normativos y jurisprudenciales que rigen la custodia de los menores en los procesos de disolución de la unión marital de hecho y en el divorcio contencioso en Colombia, y cómo garantizan estos parámetros el interés superior del menor?

Esta investigación tiene como objetivo general analizar la normativa y la jurisprudencia colombianas relativas a la custodia de los menores en los procesos de disolución de la unión marital de hecho y del matrimonio mediante divorcio contencioso, en el contexto del interés superior del menor.

Para ello se plantean los siguientes objetivos específicos: primero, identificar y explicar los principios constitucionales y legales aplicables a la custodia y la patria potestad; segundo, examinar la legislación relevante como la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) vinculada a los procesos de disolución familiar; tercero, analizar las sentencias de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales de familia que tratan la custodia de los hijos en los casos de estudio; y cuarto, evaluar la aplicación práctica del interés superior del menor en estos contextos, proponiendo recomendaciones interpretativas para su mejor garantía.

Jurídicamente esta investigación resulta necesaria porque busca fortalecer la comprensión y aplicación efectiva del principio del interés superior del menor (consagrado en la Constitución y la Ley 1098 de 2006) en la adjudicación de la custodia, asegurando que las decisiones judiciales protejan debidamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Metodológicamente, esta investigación adopta un enfoque doctrinal cualitativo. Se realizará un análisis documental de la normativa aplicable, incluyendo la Constitución Política, la Ley 1098 de 2006, la Ley 25 de 1992, Ley 979 de 2005, demás normativa vigente y de la doctrina especializada en derecho de familia. Paralelamente, se efectuará un estudio pormenorizado de la jurisprudencia relevante (Sentencias de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y tribunales de familia) en materia de custodia en procesos de divorcio contencioso y disolución de unión marital de hecho.

Como marco teórico, este trabajo parte del principio constitucional del interés superior del menor, consagrado en el artículo 44 de la Constitución y desarrollado en la Ley 1098 de 2006 (Código de infancia y la Adolescencia). Este principio, junto con el concepto de patria potestad (Entendida como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres respecto a sus hijos) y los derechos fundamentales de los niños, orienta la interpretación de las normas sobre custodia. Se incorporan además enfoques doctrinales sobre corresponsabilidad parental y la protección integral de la familia, que enmarcan el análisis en una visión holística de la protección de los menores.

La estructura de este artículo se organiza de la siguiente manera: en el primer capítulo se presenta el fundamento normativo de los menores, abordando las disposiciones constitucionales y legales relevantes. En el segundo capítulo se analiza la custodia en la disolución de la unión marital de hecho, incluyendo los criterios jurisprudenciales aplicables en esos casos. El tercer capítulo examina la custodia en el divorcio contencioso y la aplicación de los estándares judiciales correspondientes. El cuarto capítulo está dedicado al análisis de la jurisprudencia relevante en materia de custodia de menores. Finalmente, se presentan las conclusiones del estudio.

1. Fundamento normativo de la custodia de menores

La familia es reconocida por la Constitución Política de Colombia como núcleo fundamental de la sociedad (art.42), y los niños, niñas y adolescentes gozan de especial protección por parte del Estado (art.44). En este contexto, cuando se disuelve la convivencia de los padres, ya sea mediante divorcio contencioso o disolución de la unión marital de hecho, surge la necesidad de definir la custodia de los hijos menores.

El código Civil, en su artículo 288, dispone que ambos padres comparten la patria potestad sobre los hijos, lo que implica derechos y deberes comunes en su debido cuidado y crianza. La patria potestad incluye el cuidado, la educación y el bienestar de los menores, y en principio debe ejercerse de manera conjunta. Sin embargo, cuando se presenta una ruptura familiar, la custodia puede asignarse de manera exclusiva a uno de los progenitores o de forma compartida, según lo determine el juez en atención a las circunstancias del caso.

Por su parte, la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) refuerza el principio rector del interés superior del menor. En su artículo 23 establece que toda decisión judicial o administrativa relacionada con niños, niña y adolescentes debe priorizar su bienestar integral, considerando factores como salud, estabilidad emocional, educación y desarrollo. Esta norma obliga a los jueces de familia a fundamentar sus fallos en criterios objetivos que salvaguarden la integridad de los menores.

En el caso específico del divorcio contencioso (Ley 25 de 1992) o de la disolución de la unión marital de hecho (Ley 979 de 2005), el juez de familia debe evaluar las circunstancias particulares de cada progenitor antes de asignar la custodia. La decisión se basa en un análisis probatorio sobre la capacidad parental y el entorno familiar, incluyendo factores como la aptitud para cuidar del menor, las condiciones socioeconómicas de cada hogar y la existencia de antecedentes de violencia intrafamiliar o negligencia. Con base en este análisis, el juez determinará cuál arreglo custodial beneficia mejor al niño o niña.

2. La custodia en la disolución de la unión marital de hecho

Aunque la unión marital de hecho no equivale jurídicamente al matrimonio, la ley reconoce efectos patrimoniales y extrapatrimoniales entre los compañeros permanentes, incluidos los derechos frente a los hijos comunes. La Corte Constitucional ha indicado que los hijos nacidos dentro de una unión marital de hecho deben recibir el mismo trato que aquellos nacidos en matrimonio (Art.42 Corte Constitucional)., en línea con la garantía constitucional de igualdad y protección integral. Por ello, al disolverse una unión marital de hecho, el juez de familia debe asignar la custodia velando por el interés superior del menor, tal como ocurre en los casos de divorcio.

En la Sentencia T-121 de 2024, la Corte Constitucional reiteró que, en los conflictos de custodia entre compañeros permanentes, debe primar el interés del menor por encima de las disputas personales de los adultos. El tribunal enfatizó que los jueces de familia pueden dictar medidas cautelares o de protección anticipadas (por ejemplo, la designación de un curador ad litem o la imposición de una vigilancia especial) para prevenir daños emocionales significativos en el niño, niña o adolescente mientras se resuelve el litigio.

Dentro del marco legal vigente, la Ley 979 de 2005 consagra los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales de la unión marital de hecho, reconociendo la existencia de derechos entre compañeros permanentes y sus hijos comunes. Aunque esta ley no regula la custodia de manera específica, las decisiones judiciales aplican por analogía las reglas del divorcio y los principios constitucionales para proteger al menor. En la práctica, los jueces examinan los informes sociales y psicológicos de los menores (por ejemplo, los dictámenes de psicólogos del ICBF) junto con la idoneidad parental de cada progenitor, evaluando que escenario garantiza mayor estabilidad y protección al niño.

3. La custodia en el divorcio contencioso

Cuando un matrimonio se disuelve mediante un proceso contencioso (Ley 25 de 19932), el conflicto entre cónyuges impide llegar a acuerdos consensuados sobre la custodia de los hijos. En estas situaciones, el juez de familia asume la responsabilidad de decidir quién tendrá a su cargo la guarda y cuidado de los menores. Para ello, suele recurrir a informes de profesionales (psicólogos, trabajadores sociales, etc.) que evalúan el estado emocional del niño, niña o adolescente, así como a antecedentes relevantes como el historial de convivencia y las condiciones económicas de cada hogar. También se consideran los posibles riesgos de violencia o negligencia parental.

La Corte Constitucional ha precisado que la custodia no constituye un derecho inherente de los padres, sino una función orientada al bienestar del menor. En la sentencia C145 de 2010 se afirmó que la tutela de los hijos por parte de los progenitores es un deber dirigido a garantizar su desarrollo integral, y no un privilegio automático de los padres. En consecuencia, el juez puede asignar la custodia de manera exclusiva al padre o madre que demuestre una mayor aptitud para satisfacer las necesidades físicas y emocionales del menor.

En la práctica, los jueces de familia analizan factores como la continuidad de la vida cotidiana del menor, el vínculo afectivo con cada progenitor y la capacidad de cada hogar para proveer cuidados adecuados. Si ambos padres resultan aptos, puede considerarse una custodia compartida; de lo contrario, se favorece al progenitor cuyo hogar ofrezca un ambiente más estable y seguro para el menor. En todo momento, el estándar judicial subyacente sigue siendo el interés superior del niño y la obligación ineludible de protegerlo.

4. Jurisprudencia relevante

La jurisprudencia colombiana ha desarrollado criterios claros para orientar las decisiones de custodia, como la Sentencia T-510 (Corte Constitucional, 2003), estableció que los jueces deben examinar detalladamente las condiciones afectivas y el entorno familiar de cada progenitor al determinar la custodia. El fallo subrayó que el interés superior del menor debe analizarse de manera concreta, considerando contenidos específicos como la calidad de los vínculos afectivos y la capacidad de cada hogar para atender las necesidades del menor. Asimismo, se enfatizó que, si el menor tiene la madurez suficiente, su opinión debe ser tomada en cuenta para garantizar su derecho a ser escuchado en el proceso.

En la Sentencia T-028 de 2023, la Corte Constitucional abordó el tema de la homologación de sentencias extranjeras de custodia. El caso se centró en una solicitud de reconocimiento de una decisión extranjera que otorgaba la custodia sin haber oído al menor, La corte negó dicha homologación al considerar que se vulneraron el debido proceso del menor y su derecho a ser escuchado, principios esenciales del interés superior del menor. Este precedente muestra que incluso en asuntos internacionales las decisiones sobre custodia deben respetar estrictamente las garantías procesales y priorizar el bienestar del menor.

Finalmente, en la Sentencia T-332 de 2024 de la Corte Constitucional, se advirtió un riesgo específico, en litigios contenciosos: evitar que la custodia sea usada como un mecanismo de venganza entre los padres. El tribunal señaló que los conflictos parentales no deben trasladarse ni agravarse en perjuicio del equilibrio emocional de los menores. En consecuencia, recalcó la responsabilidad de los jueces de familia de enmarcar sus decisiones en la prevención de perjuicios psicológicos y en la promoción de la estabilidad del menor.

Conclusiones

La custodia de menores en Colombia está regulada por el principio del interés superior del menor, que debe inspirar todas las decisiones judiciales relacionadas con su cuidado. Este principio constitucional, junto con las disposiciones del Código Civil y del Código de la Infancia y la Adolescencia, obliga a que el otorgamiento de la custodia en procesos de disolución de la unión marital de hecho o de divorcio contencioso se base en un análisis integral de las condiciones físicas, emocionales y sociales del entorno familiar de cada menor.

La jurisprudencia colombiana ha reforzado la necesidad de proteger a los menores de los conflictos entre progenitores. Las sentencias revisadas establecen estándares claros: escuchar la opinión del menor cuando sea apropiado, evaluar las habilidades parentales de cada parte y garantizar que no se utilice la custodia como instrumento de represalia. Estos criterios se aplican incluso al considerar sentencias extranjeras en materia de custodia, con el fin de no homologar decisiones que vulneren las garantías procesales y el interés superior del menor.

En conclusión, resulta indispensable fortalecer las capacidades técnicas de los despachos de familia para resolver estos casos con base en pruebas interdisciplinarias (informes psicológicos, sociales, etc.) y en una visión centrada en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sólo así el sistema judicial podrá dictar sentencias de custodia que resguarden de manera efectiva el bienestar y la estabilidad emocional de los menores en situaciones de conflicto familiar.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política. Gaceta Constitucional 116 de julio 20 de 1991.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T-510 de 2003*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia. (2023). *Sentencia T-028 de 2023*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia. (2024). *Sentencia T-332 de 2024*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia. (2024). *Sentencia T-121 de 2024*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C145 de 2010*.

<https://www.corteconstitucional.gov.co>

Congreso de Colombia. (2006). *Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia*. Diario Oficial No. 46.446.

Congreso de Colombia. (1992). *Ley 25 de 1992 (Modificación al régimen del divorcio)*.

Congreso de Colombia. (2005). *Ley 979 de 2005 (Reglamenta efectos patrimoniales de la unión marital de hecho)*.