



**CRITERIOS PREVALECIENTES EN EL OTORGAMIENTO DE LA CUSTODIA  
Y CUIDADOS PERSONALES DE LOS HIJOS MENORES A ALGUNO DE LOS  
PADRES EN COLOMBIA**

Autor(es)

DERLY KATHERINE PELÁEZ GONZÁLEZ

ALVARO ALEJANDRO USQUIANO MENESES

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Abogados

Asesor

HERNANDO DE JESUS ROLDAN SALAS

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de Derecho

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2022

CRITERIOS PREVALECIENTES EN EL OTORGAMIENTO DE LA CUSTODIA Y  
CUIDADOS PERSONALES DE LOS HIJOS MENORES A ALGUNO DE LOS PADRES  
EN COLOMBIA

ASESOR

HERNANDO DE JESUS ROLDAN SALAS

AUTORES

DERLY KATHERINE PELÁEZ GONZÁLEZ

ALVARO ALEJANDRO USQUIANO MENESES

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2022

## **RESUMEN**

La presente investigación es una aproximación a la comprensión de algunos criterios que tienen en cuenta los Jueces de la república al momento de decidir quién queda con el cuidado personal del hijo (a) menor; aborda el tema de la custodia del menor en entornos de separación o divorcio de los padres. Hacemos un rastreo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que definen los criterios generales en su sentencia T-510 de 2003; además, las observaciones generales que la comisión de los derechos de los niños recomienda con relación a la defensa del interés superior del niño. Utiliza como metodología el análisis documental y las sentencias T-510/2003, C-624/2008, T-557/2011, T-311/2017, T-384/2018 y T-587/2017 para concluir en una síntesis de los criterios que utiliza la Corte Constitucional en el análisis de la custodia y garantía de los derechos del menor.

**Palabras clave:** Custodia, cuidado personal, filiación, paternidad, maternidad.

## **ABSTRACT**

The present investigation is an approximation to the understanding of some criteria that the Judges of the Republic take into account when deciding who is left with the personal care of the minor child; addresses the issue of child custody in parental separation or divorce settings. We trace the jurisprudence of the constitutional court that defines the general criteria in its sentence T-510 of 2003; in addition, the general observations that the commission on children's rights recommends in relation to the defense of the best interests of the child. It uses as methodology the documentary analysis and judgments T-510/2003, C-624/2008, T-557/2011, T-311/2017, T-384/2018 and T-587/2017 to conclude in a synthesis of the criteria used by the constitutional court in the analysis of the custody and guarantee of the rights of the minor.

**Keywords:** Custody, Personal care, Filiation, Paternity, Maternity

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>PP.</b>
ABREVIATURAS .....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
1. El cuidado personal del menor entre la custodia compartida y las desigualdades de género .....	12
1.1 La desigualdad de género en las controversias por la custodia. Una descripción .....	12
1.2 La custodia en algunas investigaciones .....	17
2. La custodia: marcos jurídicos, significados y conceptos.....	20
2.1. La custodia en el Derecho Internacional.....	22
2.1.1. La custodia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)...	23
2.1.2. La custodia en la Convención Americana de los Derechos humanos. (CADH).	24
2.1.3. La custodia en la Convención de los Derechos de los Niños (as) –CDNNA.....	25
2.1.4 La custodia en el derecho comparado .....	26
2.2. La custodia en el Derecho Interno .....	28
2.2.1. La custodia en la Constitución Colombiana.....	29
2.2.2. La custodia en la Legislación de familia. ....	30
2.2.3. La custodia en la Legislación del menor. ....	31
2.3. La custodia en los estudios socio-jurídicos.....	33
2.3.1 La custodia significados y conceptos .....	33
2.3.2. El cuidado personal y crianza.....	35
2.3.3. Interés superior de los NNA.....	37
2.3.4 El criterio de la igualdad de género.....	39
3. La custodia en la jurisprudencia: criterios prevalecientes .....	42
4. Criterios prevalecientes en el otorgamiento de la custodia de los menores .....	48
4.1. Prevalencia del Interés superior del niño(a).....	48

BIBLIOGRAFÍA .....	51
--------------------	----

## LISTA DE TABLAS

**PP.**

Tabla 1. Custodia Derecho Comparado Cuadro Resumen .....	28
Tabla 2. Cuadro sinóptico de las sentencias relevantes analizadas que establecen los criterios prevalcientes .....	46

## **ABREVIATURAS**

ADN: Ácido desoxirribonucleico

CADH: Convenio americano de derechos humanos

CDNNA: Convención de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

CEJ: Corporación Excelencia de la justicia

CIDH: Convención interamericana de derechos humanos

CN: Constitución Nacional

CPP: Código de procedimiento penal

CSJ: Corte Suprema de Justicia

CST: Código sustantivo del trabajo

DUDH: Declaración universal de derechos humanos

EE. UU: Estados Unidos de América

ICBF: Instituto Colombiano del bienestar familia

NNA: niños, niñas y adolescentes

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PACA-DH: Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos

UNICEF: fondo de las naciones unidas para la infancia

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación es una aproximación a la comprensión de algunos criterios que tienen en cuenta los Jueces de la república al momento de decidir quién queda con el cuidado personal del hijo (a) menor; aborda el tema de la custodia del menor en entornos de separación o divorcio de los padres. Esto teniendo en cuenta que las reglas establecidas en la ley consideran los sujetos del derecho – obligación custodia del menor hijo, al padre y la madre como cabezas del hogar, que voluntaria y concientemente han decidido conformar una familia; pero también a todos aquellos que habitan en el domicilio del hogar de la familia; es decir, en el caso de familias extensivas que viven bajo un mismo techo. De acuerdo con la información publicada por la Corporación Excelencia de la Justicia la situación de las relaciones matrimoniales, y en consecuencia de las familias en el país

En los cuatro últimos años de cada 100 matrimonios registrados se han producido 41 divorcios entre enero de 2016 y septiembre de 2019. De 214.596 matrimonios civiles, 88.118 divorcios fueron ocasionados. Así, en 2016 hubo 61.518 matrimonios y 23.262 divorcios, en 2017 fueron 58.289 y 23.065, en 2018 se presentaron 56.309 matrimonios y 24.057 divorcios y hasta el tercer trimestre de 2019 hubo 38.480 matrimonios y 17.734 divorcios. Es decir que por cada 100 matrimonios que se presentaron durante este periodo, 41 divorcios fueron producidos. (CEJ Boletín, mayo de 2020, pp.1).

Este es un panorama que describe el riesgo en que está los derechos de los niños (as), además, la importancia de generar mecanismos suficientes y eficientes para garantizar los derechos tanto de los menores de edad como de padre y madre, considerados como sujetos de derecho en las relaciones familiares. Bajo esta perspectiva, se indica que el problema es complejo, en la medida que trata de los derechos de los hijos(as) menores, pero también de la madre y el padre. En este punto emergen asuntos como la igualdad y equidad de género, la garantía de derecho y obligaciones de los padres, interés superior del niño y los mecanismos para su exigencia y cumplimiento y, aún más, asuntos referidos a los criterios que tiene la administración de justicia para poner en funcionamiento estos mecanismos.

Es importante reconocer que la presencia de los hijos en los hogares hace más compleja la relación de pareja; los conflictos afectivos, sentimentales, económicos, sociales o culturales perturban el buen desarrollo de las relaciones familiares. Las separaciones, las dudas vinculares, las desconfianzas o la presencia de otras relaciones hacen difícil la convivencia de pareja. Los hijos son utilizados como mecanismos de presión; su cuidado y custodia en una estrategia para la disputa, con objetivos a lograr. Círculos de violencia han sido tejidos alrededor de esta problemática: amenazar con limitar, suspender o quitar la custodia o el cuidado de los hijos a alguno de los padres indica poner en duda los significados culturales y jurídicos de sus vínculos parentales.

Agregado a lo anterior, las decisiones que otorgan la custodia y el cuidado de los hijos no resuelven a plenitud los conflictos en las relaciones de pareja. En muchos casos incrementa o escala el conflicto. Partir de la supuesta ventaja de la madre con respecto al padre, como posición para la concesión del cuidado personal y custodia de los hijos, puede convertirse en la aceptación de una estrategia para lograr otros objetivos e intereses. Es un supuesto que perfila al padre como culpable e irresponsable frente a las obligaciones familiares; de ser un



riesgo para el cuidado de sus hijos o ser menos comprometido con la crianza y la educación de sus hijos y, en tal sentido, sacrificado en las disputas judiciales.

¿Ser padre? y ¿Ser madre? Estas palabras cobran distintas acepciones dependiendo de los modelos parentales (Infante Blanco Alejandra y Martínez Licona José francisco, 2016, pag. 33), la cultura, los roles asignados en la crianza, cuidado y custodia de los hijos, de la función que cumplen en las estructuras sociales; a lo largo de nuestra historia ha existido la figura paterna como representación de origen y descendencia, además simboliza la fuerza, la protección, seguridad, provisión y disciplinamiento; es el responsable de la incorporación de la norma en la prole. En la mayoría de hogares, es el sostén y equilibrio; siendo todo esto atributo de la masculinidad. La figura materna en cambio ha sido símbolo de afecto, ternura, cariño, dedicación, cuidados, atención y bienestar; referente de vínculo, unión, lazo, y sociabilidad; en ella reside la socialización del lenguaje y la cultura en la primera infancia. Es la figura sumisa, por excelencia, de la casa; más aún, los cambios que presentan con el desarrollo económico, político y social hacen más compleja una decisión judicial que consulte la tradición cultural y desconozca las mutaciones sociales; la madre mudó su perfil sumiso y asumió una actitud de autonomía, independencia y desarrollo. El padre, en cambio ya no es esa figura de autoridad intocable; ya es un actor más en las diferentes actividades que hacen parte del desarrollo del menor; esta situación es el foco de atención en este trabajo; indagarlo, problematizarlo y analizarlo desde lo jurídico es el desafío que se enfrenta.

Las desventajas que tienen los hombres a la hora de ejercer su derecho a ser padre son notorias, mirándolo desde el punto de vista jurídico y social. Antecedentes legislativos, subjetivos, tradicionales, muestran que respecto a la madre viene intrínseco el derecho a la maternidad, pero, en el caso del padre, la historia cambia de rumbo; y los que son responsables y quieren ejercer su derecho y obligación a ser padre, les toca emprender un camino largo y empinado para lograrlo.

En términos culturales, la paternidad en Colombia presenta diversas apreciaciones; de un lado el padre recibe calificativos negativos, la paternidad es cuestionada o negada y, en muchas ocasiones es disputada. Caso contrario sucede con las madres biológicas, quienes el derecho a la maternidad es inherente a ellas; salvo la maternidad subrogada que opera mediante contrato civil (Sentencia T 968 de 2009), (Bechara Brajim Beetar, 2019, p. 140).

La paternidad y la maternidad con relación a la custodia y cuidado de los hijos, implica abordar la filiación, el derecho a la familia que todo menor tiene como punto de partida del parentesco y contexto para el desarrollo personal y social; aquella es el vínculo jurídico que relaciona los hijos con los padres y fundamenta la filiación paterna, la cual puede ser conocida, en caso de disputa, a partir de las presunciones, donde aspectos de tiempo, modo y lugar, posibilitan identificar que el padre ha procreado al menor bien sea por reconocimiento voluntario o por disputa judicial que exige la práctica forense de exámenes de ADN.

Desde la tradición y la lógica, la madre por naturaleza –madre biológica- tiene muchas ventajas respecto al padre, pues difícilmente es puesta en duda su maternidad<sup>1</sup> o la filiación

---

<sup>1</sup> Con excepción de la posibilidad de un parto falso; figura contenida en el artículo 335 del Código Civil Colombiano.

de su hijo. El padre, por el contrario, debe tener una relación estable para que su hijo se presuma suyo, sin señalamientos sociales o familiares para acceder a disfrutar del privilegio de ser padre.

En la actualidad, cuando una pareja decide separarse o tener progenie sin necesidad de comunidad de vida, surgen los cuestionamientos sobre la manera de como cuidaran a sus hijos. En este punto, es posible destacar que el progenitor masculino cada vez más quiere responsabilizarse de la crianza, cuidado, y educación de ellos de manera personal. Esta situación ha motivado la emergencia de la custodia compartida en las decisiones judiciales o por convenio entre padre y madre, pero aún no tiene reglamentación legal en Colombia; figura de importancia porque incrementa la posibilidad de salvaguardar los derechos del menor y también del padre y la madre en situaciones diferentes de cohabitación. Esto exige una regulación legal, para no dejarlo en la decisión específica del caso y así equilibrar participaciones y responsabilidades sin estrategias de manipulación parental.

El problema jurídico que aborda esta investigación está relacionado con el derecho-obligación que tienen los padres a asegurar una familia para sus hijos (CN art. 44), no ser separado de ellos y a poder garantizar amor, afecto, cariño y cuidado al menor. En este sentido, partimos de la pregunta ¿Cuáles son los criterios y/o consideraciones prevalecientes en Colombia en el otorgamiento de la custodia y cuidados personales de los hijos menores a alguno de los padres?

La respuesta a este complejo asunto tiene fundamento en diversos criterios que deben consultar los intereses de los sujetos de derecho en el relacionados, los contextos sociales, económicos y culturales que definen las condiciones de aquellos y la participación de la familia que informa las situaciones y asistencias que es posible para una mejor protección de los derechos y personas implicadas. Correspondiente con lo anterior esta investigación parte de la pregunta ¿Cuáles son los criterios que prevalecen al momento del otorgamiento de la custodia y cuidados personales de los hijos menores a alguno de los padres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y la CSJ colombiana? (sentencias T 587/2017 corte constitucional, la T 216/2016 de la csj y la sentencia C 313/2014 ce la corte constitucional).

El propósito entonces es reconocer los criterios que prevalecen al momento del otorgamiento de la custodia y cuidado personal de los hijos menores a alguno de los padres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia Colombiana; para ello, la acción realizada fue examinar las sentencias T 557 de 2011, la T 587 de 2017 y T 384 de 2018 de la Corte Constitucional Colombiana; y revisar la sentencia STC12085 — 2018 de la Corte Suprema de Justicia.

Las categorías o palabras clave utilizadas fueron: Custodia, cuidado personal, filiación, paternidad, maternidad. Con ellas fue construido el conjunto de significados que muestra la originalidad de nuestro trabajo, apoyados en diversos autores de libros y documentos consultados y referidos en el texto.

Metodológicamente partimos de considerar que la realidad es el resultado de las experiencias, interacciones, reflexiones y valoraciones de las personas al intervenir en la sociedad con sus conductas, acciones y decisiones; que la realidad en sí misma no existe; en tal sentido es

posible interrogarla, ponerla en duda, interpretarla y argumentarla utilizando el conjunto de recursos que las ciencias sociales han desarrollado. (Aguilera Hintelholher Rina Marissa, 2013, p. 85).

Utilizamos metodos y metodologías cualitativas debido a que nuestro problema de estudio, el otorgamiento de la custodia del menor, es el producto de acciones humanas, comportamientos, y decisiones de personas, sujetos y/o relaciones expresadas en el grupo familiar; reacciones de las parejas cuando enfrentan una controversia familiar que pone en duda el derecho-obligación de los padres al cuidado personal y crianza de sus hijos; abordamos el estudio de decisiones institucionales -sentencias de las altas cortes- u otros autores y documentos, tesis de pregrado y maestría, sobre la custodia, el cuidado personal y crianza de lo menores, la custodia compartida o el derecho del menor a no ser alejado de su familia, que aportaron conceptos, nociones, significaciones, metodologías, bibliografía y rutas analíticas; por ello, los instrumentos de registro de la información recolectada privilegiados fueron las fichas bibliográficas y conceptuales.

Es una investigación que usó métodos cualitativos que nos permitió definir las fuentes de información, los estudios históricos y las sentencias sobre el otorgamiento del cuidado personal y la crianza del menor; averiguar – categorizar la información, conceptos – significados sobre la custodia aportados por otras investigaciones y así poder concluir el estudio. Metodos cualitativos que exigieron el uso de instrumentos metodológicos adecuados al camino trazado; partió de definir la custodia, mediante la revisión de conceptos normativos y de diversos estudios escritos hechos por investigadores, registrados en artículos de revista publicados en la internet; el examen de las normas sobre la custodia contenidas en nuestra legislación, luego de una ubicación en el derecho internacional de los derechos humanos, declaraciones y convenciones, además de las leyes que la prescriben. Por último, para sintetizar los criterios que definen las decisiones sobre la custodia, analizamos sendas sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia Colombiana a la luz de los fines que persiguen criterios orientadores de las decisiones, tales como el interés superior del menor, igualdad de género.

El resultado de la investigación está organizado en capítulos así: El primer capítulo concentra su atención en la revisión de diversas investigaciones sobre la custodia del menor. Tiene como propósito examinar cuáles son los principales debates que ha tenido el cuidado y crianza de los niños(as); cuáles son los significados hasta el momento construidos, que circunstancias, tiempos y espacios definen el otorgamiento de la custodia a alguno de los padres. El segundo capítulo explora los órdenes normativos que regulan el cuidado y crianza de los menores; las declaraciones, convenciones y legislaciones que regulan la protección de este derecho del menor. Un tercer capítulo revisa las decisiones –sentencias- explorando los criterios que tienen en cuenta las altas cortes al momento de decidir sobre una controversia que implica estos derechos de los menores. Por último, un cuarto capítulo presenta las conclusiones; estas presentan lo observado, sus relevancias y significaciones.

## CAPÍTULO 1

### BREVE ESTADO DEL ARTE

#### **1. El cuidado personal del menor entre la custodia compartida y las desigualdades de género**

##### **1.1 La desigualdad de género en las controversias por la custodia. Una descripción**

Una de las controversias más constantes en los asuntos de familia tiene que ver con la custodia de los hijos(as) menores. En estas son notorias las desventajas que tienen los hombres -padres al momento de solicitar la custodia de sus hijos(as); primero por los roles asignados a mujeres y hombres en la sociedad con relación a sus funciones en la familia; segundo, porque en las funciones sociales de los hombres la de proveedor – bienestar/protección, le exige asumir compromisos laborales y materiales que lo distancian de la presencia en la crianza de los niños(as); tercero porque el rol de cuidado, atención, ayuda, crianza y custodia ha sido deferido tradicionalmente a la mujer naturalizado en ella por su rol de maternidad. Situación que creó antecedentes legislativos, jurisdiccionales, subjetivos, tradicionales, que nos muestran las representaciones que respecto de madres y padres tiene la sociedad y que son incorporadas en las decisiones judiciales al momento de solicitar la protección de los derechos. (Lucumi García Edna Soranyi, 2021, p.3)

En las controversias sobre patria potestad y cuidado personal de los niños(as), es conocido que la madre o la mujer tienen prioridades referidas a la relación con ellos. La igualdad jurídica entre los progenitores ha sido una lucha histórica, cuyo vigoroso desarrollo ha pasado por varios periodos en los cuales se han logrado grandes avances para lograr la igualdad entre estos.

La emergencia de los derechos humanos y el empoderamiento de las mujeres como sujetos de la historia, ha generado nuevos espacios, en los que lo femenino, los niños(as) y adolescentes ingresan como sujetos de derechos; y los hombres manifiestan una preocupación mayor en la responsabilidad por el cuidado personal, la crianza, educación y custodia de sus hijos. Hombres y mujeres toman más responsabilidades frente a sus hijos. Lo que indica que la familia ha sufrido diferentes variaciones al igual que la sociedad.

La mujer siempre ha desempeñado un papel importante en los cimientos de una familia sólida ya que siempre la madre era la que velaba por la custodia y cuidados de los hijos a día y noche, pero diversos cambios culturales han transformado esta figura a través de fenómenos como la liberación femenina y la igualdad de género pero muchas personas han mal entendido esta evolución y han descuidado ciertas responsabilidades adquiridas por voluntad propia o por simple azar del destino como lo es un hijo que si se hace a conciencia acarrea bastantes obligaciones.

La figura paterna en cambio se ha tornado en la historia como una figura proveedora de recursos económicos y de autoridad en la familia, pero de cuidados y otras responsabilidades con los hijos poco; claro está que siempre han existido las excepciones, esta figura también ha sufrido mutaciones en los últimos años y ya los padres se han preocupado más por reclamar sus derechos sobre sus hijos.

La tendencia a priorizar los derechos de la madre, sobre los derechos de los hijos menores ha sido un debate intenso en los estrados judiciales e instituciones administrativas responsables de velar por el bienestar de la familia. La ponderación de factores materiales, económicos, de sostenibilidad integral han sido más relevantes que la garantía del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos como reglas interpretativas al momento de tomar decisiones judiciales que son indispensables para el desarrollo del menor, tales como su desempeño como persona en la comunidad y sus inteligencias afectivas y emocionales.

Desde el tema de la tradición y de la lógica, la mujer por su naturaleza materna tiene algunas ventajas respecto de los varones padres; hay pocas probabilidades de cuestionar o refutar la maternidad, aun cuando nuestro legislador consagra en el Código Civil artículo 335 y siguientes la posibilidad de un parto falso. El padre, por el contrario, tendrá que tener una relación estable para que este hijo se presuma suyo, sin señalamientos sociales o familiares, y para acceder a disfrutar del privilegio de ser padre tendrá en muchas ocasiones que someterse a imposiciones de la madre o al entorno de esta.

Analizando la actualidad, cuando una pareja decide separarse o simplemente tener hijos sin conformar comunidad de vida, surgen los cuestionamientos sobre la manera de como cuidaran a sus hijos, y consultando historias personales y tramites en juzgados, es notorio que el progenitor masculino cada vez más quiere responsabilizarse de la crianza, cuidado, y educación de ellos de manera personal. Pero prevista esta situación, en muchas ocasiones no tiene una respuesta positiva de asignación de la tenencia y custodia de los menores al padre; hay un desplazamiento hacia promover la custodia compartida aplicada más por tradición o convenio entre padre y madre; figura jurídica que, si bien no tiene reglamentación legal en Colombia, goza de muchos pronunciamientos por las altas Cortes y cierta acogida entre la población. No hay un análisis de idoneidad o no de los padres para el cuidado de su hijo(a) y es una medida paliativa respecto del padre que quiere estar permanentemente con el menor; situación que conserva las condiciones impuestas por la madre y/o su entorno, derivando, en muchas ocasiones en procesos contenciosos para exigir los derechos a ser padre.

Siguiendo las líneas de la desigualdad del padre frente a la madre nos encontramos con las figuras de la licencia de maternidad y la licencia de paternidad. Recientemente el gobierno nacional sancionó la ley 1822 del 4 de enero de 2017, otorgando la ampliación de la licencia de maternidad donde ya será de 18 semanas remuneradas, es decir 4 meses y medio, mientras que los padres continuarán con 8 días hábiles después del nacimiento. Es demasiado evidente la desigualdad y surge la pregunta ¿acaso el padre no tiene derecho a disfrutar de los primeros meses de vida del menor y asumir el cuidado del mismo disfrutando esta etapa a su lado y aparte de eso contar con que este tiempo sea remunerado?, no hay donde encontrar los fundamentos para que desde el gobierno se asuma esta disparidad.

El hecho de la maternidad también obliga a las empresas a dar dos descansos remunerados de 30 minutos para lactar durante los 6 primeros meses de vida del niño (a), pero las empresas que con capital superior de 1.500 y que tenga más de 50 empleados podrán suplir este tiempo podrán implementar las llamadas “salas amigas lactantes”, nuevamente una discrepancia frente a la paternidad, como apreciación personal acaso el padre no tiene derecho a salir una hora más temprano de su trabajo para disfrutar de su hijo. Es más, “la figura de licencia de paternidad se derivó del amparo otorgado a la madre gestante, ya que los primeros auxilios

reconocidos al hombre con ocasión al nacimiento de su hijo constituyeron una extensión del derecho a la licencia de maternidad” (Código Sustantivo del Trabajo Art. 238)

Consultando la jurisprudencia del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte se ha pronunciado respecto de la patria potestad, donde en su sentencia T-266 de 2016 manifiesta que la patria potestad:

Es, por ende, una institución jurídica creada no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Así las cosas, “los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el del interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado (Corte Constitucional, T-266 de 2016).

Comparándolo con la realidad social que se conoce de casos cercanos, o del voz a voz la realidad es otra pues, se conserva la típica frase “los hijos no están bien si no con la mamá” pero en ciertos casos esa afirmación no es tan real, ya que la madre no aporta los comportamientos adecuados para el cuidado del menor y aun así hay cifras que demuestran el maltrato padecido por los niños de cuenta de su madre.

Una forma de poder tener alguna idea de la realidad que se vive en el tema de custodia y cuidados personales, son los diferentes datos numéricos que aportan las diferentes entidades, por ello vale la pena traer a colación algunos de ellos: “2017 el ICBF abrió 24.330 procesos por violencia contra menores, y entre enero y marzo de 2018 la cifra ya alcanzó los 5.870 casos” (Revista Semana 11 de mayo de 2018, p.1). Entonces basados en esto nos tendríamos que cuestionar si en realidad la patria potestad está en manos de la persona adecuada o simplemente en quien se presume la debería tener, como en el caso de la madre, y si se verifican o garantizan los derechos de estos.

En un juzgado municipal de familia en Soacha, se repudió la decisión de un juez de esa misma municipalidad por decir que la custodia de una niña debía ser para la madre, solo por el hecho de ser mujer, y sin tener en cuenta las pruebas que favorecían al hombre. Los hombres y mujeres deberían enfrentarse en un proceso judicial en igualdad de condiciones. En temas de custodia no debería haber estereotipos de género.

“En Colombia se establece que 68 niños y niñas son maltratados a diario, es decir un promedio de tres menores cada hora, lo que hace que el país tenga una de las cifras más altas de este flagelo en América Latina, con más de 24.000 casos por año” (RCN radio, 25 de abril de 2019, p.1).

Frente a estas cifras es de cuestionar la eficacia de los cuidados personales y custodia de un menor y en manos de quién está y cuál es el grado de indiferencia de las personas de que los niños se rodean dado que no todos los casos son denunciados.

Algunos autores han considerado como inconmovibles e indisolubles los deberes y los derechos de los padres y madres. De allí que, cuando los padres no viven con sus hijos, bien sea a causa de separación o divorcio, se deben generar medidas que garanticen, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores. Como lo indica Rodríguez Pinto María Sara (2009), “el interés de niños, niñas y adolescentes exige también que se garantice

la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación” (p. 547). De allí que, estos deberes deban asegurarse aun en medio de crisis o fracaso familiar. Desde esta visión, desde el derecho se deben generar y posicionar técnicas dirigidas a garantizar a los menores de edad involucrados en estas crisis, la continuidad de su crianza y educación, pese a que su familia nuclear esté separada. Es menester resaltar que, la noción del interés superior del niño, significa además, que el desarrollo y la evolución de la sociedad moderna depende, en gran parte, de la capacidad apoyar el crecimiento de los menores de edad, quienes se constituyen la base de la preservación y mejoramiento de la sociedad

Después de todo esto vale afirmar que los juristas a la hora de decidir deberán realizar las practicas necesarias para determinar con quien estarían mejor los menores; tanto en asistencia y cuidados como los entornos morales y de integridad personal, en los que las figuras maternas o paternas no pierdan sus presencias. Demasiado importante además tener en cuenta a la hora de tomar una decisión de este calibre de opinión del menor, ya que venido a ver es el directo implicado y frente a quien debe resolver el conflicto; es el quien va realizar cambios en su cotidianidad y por la experiencia se ha podido evidenciar que los niños muchas veces prefieren un ambiente sano y tranquilo que los lujos o las excentricidades con las que muchas veces se quiere robar su atención.

La custodia es entendida como el cuidado permanente del niño y su tenencia. Según el ICBF (2021) “para ejercer la custodia requiere tener físicamente al menor de edad. El progenitor que no tenga la custodia tiene derecho a ejercer la patria potestad, mientras no exista orden judicial que la suspenda o prive” (p.1). La custodia, por otro lado, se divide en dos categorías o formas de otorgamiento, la exclusiva y la compartida, dependiendo de las circunstancias del núcleo familiar de cada padre, también dependerá de la disponibilidad horaria de estos y de su voluntad.

Lo tradicional en las familias Colombianas o que por costumbre se aprecia es la conjunta o compartida si bien es también una alternativa exigida por la evolución que ha surgido de las nuevas realidades sociales, ya que como es mencionado al inicio del trabajo, el modelo de familia patriarcal donde el padre decidía que era lo conveniente para los hijos, imponía las reglas de convivencia y se dedicaba a ser el proveedor del hogar y la madre cuidaba y limpiaba ha entrado en declive; indudablemente los cambios surgidos a raíz de la inclusión de la mujer en muchas esferas sociales, laborales, familiares y la indiscutible inclusión de los hombres en tareas domésticas, incluida el cuidado de los hijos, ha dado un giro importante a todas las realidades que hoy nos toca apreciar no solo en el diario vivir, sino en la forma como ya los jueces toman sus decisiones.

Pero como para toda situación surge un conflicto gracias a las políticas sociales que cada día son más marcadas al buscar eliminar las desigualdades, donde lo que se generan son nuevos conflictos por buscar ganar el puesto de quien puede más, surge así el ejercicio arbitrario de la custodia del menor por parte del padre que esté a cargo, que por lo general es la madre.

Acudiendo a la legislación se encuentra que en la Ley 890 de 2004, el legislador decidió incluir esta práctica abusiva como una manifestación de violencia intrafamiliar la cual esta descrita para quien “arrebate, sustraiga, retenga u oculte al menor” para que el otro padre no pueda ejercer su derecho de custodia y cuidado personal. Esta situación es demasiado gravosa para el hijo menor porque desmejora considerablemente la estabilidad familiar y se cambia arbitrariamente el interés superior del menor por el particular del padre infractor.

Diversos son los efectos negativos que lo anterior acarrea para el menor edad, en la medida que, este tipo de acciones y actitudes, además de transmitirle un mensaje negativo, es una clara afrenta a sus derechos, entre los cuales se incluye el derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor. No obstante, esta situación no sería aplicable en el evento que la custodia y el cuidado personal sea asignado de manera exclusiva a uno de los padres, no se configuraría la ilicitud porque el otro padre no tiene el derecho.

Es importante precisar que el padre que no sea favorecido con el otorgamiento de la custodia cuando se acude a la vía judicial, no perderá ninguno de los derechos de los que es merecedor, como el caso del derecho a visitarlo, lo podrá seguir haciendo siempre y cuando no interrumpa las actividades del menor y obviamente nunca se ponga en riesgo el hijo por parte del padre no favorecido.

La Ley 890 de 2004 juega un aspecto de carácter subjetivo para poder considerar el ejercicio arbitrario como delito y es que se logre demostrar que el padre infractor desarrollo todos sus actos con el único fin de despojar al otro padre del derecho de custodia y si se demuestra que lo hizo con otra intención ya no se tomara como una afectación al bien jurídico tutelado de la familia si no que se podrá interpretar según los elementos probatorios como una infracción a la libertad individual.

Pero la situación no es tan simple como contarla, hay cuatro características que son utilizadas para el secuestro, pero que en este caso cambia la situación las calidades de los sujetos que en este caso son los padres y la finalidad perseguida, estas modalidades son: arrebatarse, sustraer, retener u ocultar. Por ello la custodia no es un juego donde se ponen a los menos como fichas de estrategia, esto acarrea grandes derechos, obligaciones y consecuencias, si la mayoría de las madres supieran el alcance de sus actos y los padres conocieran a fondo las leyes, el actuar de estos sería más mesurada y diligente frente las personas que tienen a cargo que son sus hijos, seres pensantes, con oportunidades de decidir y con derecho a compartir con sus progenitores, sin que medien los intereses particulares de los adultos.

La custodia además implica “cuidados personales en crianza y educación, vigilar su conducta, corregir y sancionar moderadamente, dirigir la educación de común acuerdo al igual que su formación moral e intelectual, se deberán colaborar los padres en crianza, sustentación y establecimiento” (Escudero Valentín, 2010, p. 631).

El conflicto que gira en torno a la custodia de los menores, el común denominador de esta situación es que las madres mezclan sus problemas personales con el padre bien sea por rencor, por decepción, por celos o por venganza y se limitan a reclamar derechos, pero dejan muy en el olvido un factor super relevante a la hora de hablar de hijos y es los gastos de crianza, educación y establecimiento de los mismos ya que se arman de valentía para pedir cuotas “justas” olvidando que ambos padres deberán contribuir en los gastos, guardando las proporciones, facultades y capacidades de cada uno. Por ello cuando se le toca la puerta al juez para que fije dicha contribución hay descontentos por parte de las femeninas en la mayoría porque estas no logran entender que para pedir sumas de dinero deberán establecer elementos justificantes de los gastos, donde los únicos beneficiarios de dicha cuota, son los menores, no las madres que se sienten aludidas por no conseguir sus pretensiones.

En el aspecto económico mencionado anteriormente, sí que podemos evidenciar la desigualdad de los padres frente a las madres, ya que si el menor está en custodia de la



progenitora esta pide a grandes horizontes contribuciones económicas y es mirado con total normalidad, pero si la situación fuera inversa, el progenitor fuera quien pidiera dicha contribución se haría acreedor a calificativos degradantes de su buen nombre y dignidad, es cuestionante como se ha evolucionado en ciertos aspectos, pero en otros seguimos estando relegados y ahí es de donde debemos pensar en que esta cojeando nuestra sociedad y más grave aun nuestra justicia, quien es que se supone que debe velar por la garantía de nuestros niños.

## **1.2 La custodia en algunas investigaciones**

Las investigaciones realizadas sobre el cuidado personal, crianza y educación de los hijos menores redundan en el examen de la custodia compartida. Analizan los problemas derivados de la separación, divorcio o no cohabitación de los padres de los hijos menores. En su gran mayoría examinan lo bondadoso de esta figura al momento de decidir sobre el cuidado personal de los menores. Estas reflexiones y debates visibilizan algunos aspectos del trámite histórico de la figura jurídica de la custodia, los tipos de custodia; monoparental, exclusiva o unilateral, cooparental, compartida, alternada sucesiva; fundamentan la custodia en las declaraciones y convenciones internacionales, legislaciones nacionales y la jurisprudencia. (Higuita Úsuga Jorge Humberto y Correa Ospina Diego Alejandro, 2016).

Algunas investigaciones tras resaltar las dificultades que tienen los progenitores para reclamar sus derechos no patrimoniales respecto de sus hijos visibilizan lo que algunos han denominado “Síndrome de Alienación Parental” consistente en comportamientos, de alguno de los padres, orientados a impedir u obstaculizar que el padre no tenedor del menor intervenga o participe del cuidado o crianza de éste. Desde la perspectiva de Mercado Salazar María Mónica (2018) “pese a una orden judicial o acuerdo conciliatorio, sí el tenedor del hijo se opone a que el otro comparta con su descendiente, lo máximo que sucede es que se imponga, una sanción de tipo pecuniario, convertible en arresto” (p. 5). Por tanto, se considera con fundamento en la legislación, la Constitución Colombiana y el derecho comparado la importancia de que el Estado Colombiano regule la figura de la custodia compartida.

Las rupturas en las relaciones de pareja provocan un sin número de dificultades al momento de definir quien de los padres quedará con el cuidado de los hijos; por regla social algunos han pensado que debe quedar en cabeza de la madre; sin embargo, muchos padres hoy establecen debates para que la crianza y el cuidado de sus hijos menores niños, niñas o adolescentes tenga su presencia. Compartir con sus hijos, vigorizar el vínculo paterno y no someterse a ser padres cada periodo de tiempo acordado. “Algunas propuestas buscan que la custodia sea compartida no solo en periodos de tiempo equitativos, sino en las responsabilidades materiales, alimentarias, incluso hasta que la decisión en lo posible sea de mutuo acuerdo” (Duarte Gualdrón Rosario, 2015, p. 17).

Otros directamente asumen el debate sobre la importancia y bondad de la custodia compartida como solución al problema de la garantía de los derechos del hijo(a) menor, cuando el hogar, espacio de desarrollo físico y mental es interferido por las diferencias de convivencia de los padres, dirigiendo su atención al análisis legal y jurisprudencial. (Gutiérrez, 2020; Cabrera Acosta Jhon Alexander et al, 2016).

La concepción predominante sobre la custodia compartida hace fuerza en la coparticipación de los padres separados, en el desarrollo de la función del cuidado personal, crianza y educación de sus hijos. Para ello los acuerdos entre padres y las decisiones judiciales deben garantizar la participación de los congéneres en la crianza de los menores; así, distribuyen visitas a los hijos, estadias con padre o madre, tiempos vacacionales, responsabilidades pecuniarias, etc. De esta forma es cristalizada la custodia compartida.

Sin embargo, diversos estudios centran su atención en la igualdad de géneros en el cuidado personal y crianza de los hijos y la protección integral de los derechos del menor en escenarios de ruptura conyugal. Estos consideran que la custodia compartida no garantiza la equidad de géneros en desarrollo debido a que reproduce la desigualdad respecto a los roles o funcionalidades de los padres en la familia. Es decir, si bien vincula a los hombres – padres al cuidado de los hijos mediante visitas o estadias; estos no asumen un papel de cuidadores y siguen siendo las mujeres madres quienes representan el rol de cuidadoras.

Desde antigüedad el modelo de familia consolidado era el patriarcal. En este se consolidaba el rol de los hombres como proveedores; mientras que las mujeres asumieron el papel de reproductoras y cuidadoras. Para Moragas García María Ángeles (2014), “en la actualidad la familia, sigue siendo una de las instituciones donde se evidencia desigualdad entre mujeres y hombres; si bien las mujeres se han ido incorporando al ámbito público, los hombres no de la misma manera al ámbito privado” (p. 482).

En otro sentido, y reconociendo el interés responsable del hombre – padre, de velar por el cuidado personal, crianza y educación de sus hijos, sendos estudios surgen ubicando el problema de la igualdad de géneros desde la masculinidad. Así, García Delgadillo Juan Netzahualpilli y Mendizábal Bermúdez Gabriela (2015) hablan de la importancia de reconocer, como en la actualidad los hombres, cada vez más, están asumiendo las tareas del hogar. Afirman:

“En la actualidad se puede hablar de diversas formas de ejercer una paternidad responsable, desde la inclusión de los hombres a las tareas del hogar, de la educación de sus hijos, hasta la lucha judicial por parte de los varones por el derecho a ejercer la guarda y custodia sobre sus hijos. Asimismo, los juicios de reconocimiento de paternidad no son sólo de padres que han procreado a sus hijos con su pareja, sino inclusive los concebidos a través de un procedimiento in vitro, o bien el ejercer la paternidad a los concebidos a través de la adopción en el caso de las familias homoparentales. Pese a lo anterior, los derechos de los varones en el ámbito familiar aún se encuentran en gran desventaja respecto de los derechos de las mujeres en este ámbito” (pp. 32-33).

La desigualdad a la hora de la reclamación de los derechos de los varones padres ha generado diversos movimientos que buscan quebrar el supuesto social de la mejor condición de la madre para la tenencia de los hijos en el caso de ruptura relaciones matrimoniales o de uniones libres. Así lo indica Castillo Bola Jennifer y Morales Ortega Helena (2013), quienes explican que, la redefinición de los roles paternos y maternos ha permitido que padres separados desarrollen la custodia compartida, en aras de lograr la protección de los derechos de sus hijos, la igualdad, la corresponsabilidad.

Es importante reconocer que la administración de justicia no puede ser limitada a las diferencias entre hombres y mujeres en correspondencia con el modo en que la sociedad les ha asignado roles y funciones; tampoco sus fallos deben beneficiar u obstaculizar el acceso a los derechos de las personas por el hecho de su femineidad o masculinidad. “Hombres y mujeres tienen los mismos derechos reconociendo las diferencias sociales, culturales, de género y sexo; éstos tienen las mismas oportunidades en condiciones históricas y materiales iguales” (García Delgadillo Juan Netzahualpilli y Mendizábal Bermúdez Gabriela 2019, p. 35)

En conclusión y teniendo en cuenta lo anterior, la presente investigación concentra su atención en los criterios que prevalecen al momento de decidir las controversias atinentes a la definición del padre custodio – tenedor del menor. En consideración de los aportes que a las discusiones sobre la custodia hacen los abordajes desde una revisión de los principios del interés superior del niño, niña, adolescente, el principio de la equidad de género en ponderación con los derechos de los padres y la familia.

## CAPÍTULO 2

### 2. La custodia: marcos jurídicos, significados y conceptos

En este acápite se construyen los significados y conceptos de las categorías clave transversales al presente estudio, a saber: custodia; cuidado personal; equidad de género en la custodia; derechos de los padres en las controversias sobre la custodia; y, principio del interés superior del niño. Para ello, se hace una revisión de las normas sobre el asunto establecidas en los tratados y convenios internacionales, en la Constitución Política de Colombia, en el Código Civil Colombiano, la Legislación del Menor y las consideraciones que presentan algunos autores frente a la custodia y crianza del menor.

Es de afirmar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), surgen en un complejo relacional constituido por la Familia. En la familia, los vínculos entre padres (cónyuges), entre estos y sus hijos, entre la familia primordial y la familia extensiva, genera lazos en los cuales la custodia, crianza, cuidado personal y educación del menor, toman un papel importante y se insertan en el derecho de la familia y, particularmente, la patria potestad. Cabe agregar, que la atribución de derechos a los NNA les reconoce la calidad de sujetos de derecho, que exigen una protección especial, dada su condición de NNA, expuesta a vulneraciones de sus prerrogativas y, exigen de acompañamiento en su crecimiento y desarrollo hasta que adquieran su autonomía y capacidad que los habilita a tomar las decisiones adecuadas en su vida personal y social (Castillo Yara Esperanza, 2020, p. 385).

Reconocer a los hijos (as) menores como sujetos de derechos implicó un proceso de construcción social de los NNA de modo diferente. En un principio estos fueron considerados como personas excluidas de toda participación en la construcción de la realidad, cuyo significado social pasaba por la representación que sus padres ejercían ante la sociedad y sus instituciones. Así lo describe Cely (2015), quien indica que anteriormente, los menores eran “seres que debían ser dirigidos, controlados y corregidos por los adultos” (p. 43). Esto ocurría en la medida que la sociedad aún se consideraba adulto-céntrica y jerarquizada, lo que llevó a cosificar al menor como un ser inmaduro y sin responsabilidad ni voto social, lo cual dio vía a “consecuencias desastrosas que afectaron los NNA mediante el maltrato, el abandono, abuso sexual, explotación económica” (Cely Delfina del Pilar, 2015, p. 43).

Estas concepciones sobre la niñez representaron el conocimiento limitado que de esta categoría social tenían los adultos y la sociedad. Así fueron justificados comportamientos, acciones, decisiones, asignación de roles y expectativas. Sin embargo, el reconocimiento expreso de los NNA como sujetos de derecho va a manifestarse en la Convención de los derechos de los NNA de 1989.

“Esta los refiere como sujetos de derechos, dejando atrás la percepción pasiva y de protección, reconoce sus capacidades y la necesidad de brindar las condiciones adecuadas para un goce efectivo de los derechos humanos desde la titularidad, prevalencia de los derechos, protección integral, el interés superior y la corresponsabilidad”. (Convención de los derechos de los NNA, 1989, p. 44)

Esta afirmación de los NNA como sujetos de derecho es posible gracias a su articulación a la reivindicación histórica de los derechos humanos. Es extender la dignidad humana a diferentes sectores sociales de la población de las sociedades modernas. Características,

condiciones y situaciones van a ser relevantes en los planes de acción de los Estados signatarios de la Convención y es conducente a la definición de políticas respecto a la protección, el desarrollo con bienestar y la educación de los NNA como sujetos de especial protección.

La Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia T 167 de 2011 resalta el contenido de la categoría niños-as, adolescentes, sujetos de especial protección de la siguiente manera:

“La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza” (Corte Constitucional Colombiana, T 167 de 2011).

La condición sujeta de especial protección para los NNA es importante en el aseguramiento del desarrollo potencial en beneficio de la sociedad, por lo que requiere de un ambiente sano, amoroso y equitativo, en cuya garantía son corresponsables la familia, la sociedad y el Estado; específicamente exige al Estado Colombiano proteger a los NNA. mediante políticas públicas, decisiones judiciales y administrativas de atención que garanticen la realización de sus derechos, acceso a los derechos prestacionales, bienestar y desarrollo sano e integral, tener en cuenta su opinión al momento de tomar decisiones que los afecten; no ser separado de su familia, supremacía y prevalencia de sus derechos en relación con los de otros sujetos y el acompañamiento y libertan en la determinación de su religión, cultura, identidad y género (Daza Weimar Giovanni, 2018, pp. 79-82).

En relación con lo anterior, Colombia adopta la Convención de los Derechos de los NNA mediante la Ley 12 de 1991, además, refrenda el sentido de esta, con la aprobación de la Ley 1098 de 2006, la cual que establece el Código de Infancia y Adolescencia, en el que reconoce a los NNA como sujetos de especial protección e introduce las categorías de corresponsabilidad, responsabilidad parental, custodia y cuidado personal de los menores. (Castillo Yara, 2020, p. 30)

La Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes, reconoce a la familia como el medio natural donde los menores pueden crecer con bienestar, según la ONU (2006) “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. (p. 8). Además, la Convención Americana de los Derechos Humanos- CADH (2018) “identifica en la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad exigiendo de los Estados y las sociedades su protección” (Artículo 17.1); y, “contempla la protección a la familia de toda intervención arbitraria en sus relaciones, domicilio, correspondencia, honra o dignidad de cualquier tipo de agresión” (CADH, 2018, Art. 11.2).

Por otra parte, se indica que, la familia es una institución amparada como núcleo básico de la sociedad (Constitución Política de Colombia, 1991, Art.); en ella son protegidos los derechos a la intimidad (art.15), la privacidad del ámbito doméstico (art. 28), la integridad de la familia (art. 33), la conformación de la familia (art.42), Los derechos de los NNA son

prevalentes (art.44) en relación con los demás sujetos que integran el núcleo familiar; por lo que los conflictos que pueden desarrollarse entre estos sujetos de derechos y sus relaciones hacen parte de este trabajo.

De este modo, la familia está configurando un derecho complejo derivado de múltiples relaciones filio – parentales y asistenciales; protegido por los estados como institución y núcleo fundamental de la sociedad; pero, a su vez, como espacio natural para el desarrollo, con protección y bienestar de los niños(as). En este sentido la familia es objeto de protección y promoción de su unidad, sostenibilidad y conservación; así lo reconoce la Corte Constitucional Colombiana en diversas sentencias, entre ellas la T-955 de 2013 y la T 044 de 2014, en las cuales la decisión de separación o reintegración del menor a la familia debe orientarse a la realización del interés superior del niño(a) y la prevalencia de sus derechos. Indica esto que la protección del Derecho a la Familia no es absoluta y que, en tal sentido, admite excepciones, como en el caso de las separaciones o divorcios por problemas de convivencia entre los padres. (Sentencia T 044, 2014, pp. 12-16).

De suerte entonces, que la importancia recae en los vínculos entre padres e hijos y otros miembros de la familia, con independencia del tipo que se trate, para garantizar el interés superior de los niños(as), la protección, crianza, cuidado personal y educación de los mismos; así, determinar las circunstancias de modo, tiempo y lugar. (Castillo Yara, 2020, p. 384).

## **2.1. La custodia en el Derecho Internacional**

Se parte de la cláusula de prevalencia de los derechos NNA que establecen la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia. De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, este reconocimiento deriva en la afirmación de la jurisprudencia constitucional de que: “los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada)” (Sentencia T-884/11, p. 1).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el corpus iuris de protección de los derechos del menor está compuesto por un marco normativo que obliga a los Estados firmantes la garantía, promoción, protección y defensa de los derechos de los niños (as); a partir de éste, en los diferentes países las políticas de promoción, protección y defensa de los derechos del menor adquieren corporalidad institucionalidad. En Colombia el ICBF es el encargado de estar al frente de esta función. Aquel marco normativo es ilustrado por Castillo Bolaños Jennifer (2016), de la siguiente manera:

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 25, inciso 2), la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 (principio primero), la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (principio seis), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 23, incisos 4 y 24), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 10), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (art.19) son los principales instrumentos que en el mundo representan la preocupación y el interés por la protección, el bienestar, la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes antes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ésta

última adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, que entró en vigor internacional el 2 de septiembre de 1990.

La Convención de los Derechos del Niño es el primer documento internacional que jurídicamente tiene carácter vinculante para los Estados firmantes, donde se reconoce a NNA como sujetos titulares de derechos, es decir, actores sociales activos, con una protección especial por su condición de personas en pleno desarrollo durante el ejercicio de sus derechos en los diferentes espacios y de acuerdo con las etapas de su crecimiento” (2016, p. 8)

Es dable destacar que, el Estado Colombiano ha suscrito diversos tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia para el reconocimiento y garantía de los derechos de los menores. “Dichos tratados y convenios se han adjudicado a partir de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, al tratarse de normas que resaltan derechos humanos y poseen cláusula de prevalencia en el derecho interno del país” (ICBF, 2017, p. 9). Esto indica que las normas que establecen las garantías de los derechos de los NNA contenidas en los sistemas de derecho internacional son incorporadas al derecho nacional mediante el bloque de constitucionalidad. Así lo resalta Rodrigo Uprimny Yepes (2017)

“El Bloque de Constitucionalidad hace que el ordenamiento constitucional del país esté integrado no sólo por las normas propias de la constitución sino por otras normas que se encuentran en los tratados y convenios internacionales que reconocen, promueven y protegen los derechos humanos”. (pp. 2-3)

En síntesis, los derechos de custodia, crianza, educación y familia están reconocidas en diferentes estatutos internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los derechos Humanos, la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes, aunado a los instrumentos jurídicos desarrollados por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen aquel marco jurídico de referencia, con el cual la custodia del menor está asegurada. (CIDH, 2013, p. 5)

Sin embargo, no sobra anotar que la transversalidad de los derechos humanos articula las diversas generaciones de los derechos humanos; los derechos civiles y políticos, los derechos económicos sociales y culturales, los derechos colectivos y del medio ambiente, etc. Participan de diferentes formas de la garantía de los derechos del menor, donde la custodia ocupa un lugar especial.

### **2.1.1. La custodia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)**

Desde el preámbulo de la Declaración, donde la dignidad humana es destacada a la par de los derechos iguales de todos los integrantes de la familia humana y el compromiso de todos los estados firmantes de la declaración; asumida como ideal común en el que individuos e instituciones la promueven, respetan y acatan, pero, además establecen las garantías a su respeto y reconocimiento. Los artículos 25 y 26 de la DUDH (ONU - DUDH, 2015, PP. 52-

53), fundan el marco jurídico que soporta los derechos de los menores a un cuidado personal, crianza y educación con bienestar. Así, los niños(as) tienen:

“... derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (DUDH, 2015, artículo 25-01).

El numeral segundo enfatiza las obligaciones específicamente relacionadas con el derecho de custodia de los niños(as) al considerarlos sujetos de protección especial conjuntamente con la madre en la familia o el hogar. Reconoce la importancia de los niños por el potencial que agregan a la sociedad y a la madre por el rol sociable y de socialización afectivo – cultural en los primeros años del infante. Afirma: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (DUDH, 1989, p. 52).

La educación es señalada en el Artículo 26 de la DUDH; como derecho a su gratuidad en los periodos de formación y socialización del menor y declara que en el adiestramiento técnico y profesional debe ser generalizada y de acceso igualitario en el caso de la educación superior (numeral primero). Enuncia el desarrollo pleno de la personalidad, el reconocimiento y el respeto por el otro(a) en consideración a los derechos humanos y libertades fundamentales es el objeto de la educación que favorecerá la convivencia, la construcción de la paz entre las naciones, grupos étnicos, culturales y religiosos. La educación busca el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (numeral tercero)

### **2.1.2. La custodia en la Convención Americana de los Derechos humanos. (CADH)**

Este estatuto jurídico internacional reconoce la minoría de edad como condición de protección y fundamenta el reconocimiento de derechos al niño como sujeto de garantías y prestaciones. La custodia, que condensa los derechos de cuidado personal, crianza y educación, sintetiza esta afirmación y es soporte de decisiones políticas y judiciales enderezadas a la realización de este deber de la familia, la sociedad y el estado. Así lo establece la CADH “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Pacto de san José, Artículo 19, 2018 p.9).

Además, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (PACA-DH) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General (PACA-DH, 1988, p.53), instituye la protección del menor por su condición de persona en crecimiento, independiente de su procedencia. De esta manera, el desarrollo del niño debe realizarse con la protección, el cuidado y abrigo de los padres; este crecimiento implica la garantía de su formación como buen ciudadano. Así lo expresa el estatuto citado, Derecho de la Niñez:



“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”

### **2.1.3. La custodia en la Convención de los Derechos de los Niños (as) –CDNNA.**

Esta convención define la niñez o minoría de edad hasta cumplidos los 18 años; es decir, referencia todo el periodo de crecimiento y madurez del ser humano, que incluye la infancia, preadolescencia – adolescencia y menor adulto. Etapa en la cual ocurren todos los procesos de socialización y, el niño ingresa a espacios y escenarios, que deben garantizar sus derechos prevalentemente. Pero, además, configura el principio de inclusión y no discriminación al momento de la garantía, protección y desarrollo de los derechos del menor por parte del Estado. (UNICEF-CDNNA, 2006, arts. 1-3, p. 10).

De igual forma esta convención instituye el principio del interés superior del niño(a), como garantía que obliga, a las instituciones públicas y a los gobiernos de los Estados Parte, -al momento de tomar decisiones políticas, jurídicas o judiciales- debe consultarse este principio, para prevenir cualquier vulneración de los derechos del menor (art. 3).

El artículo 5 de la CDNNA, reconoce la responsabilidad y derechos de los padres y familiares a trazar el sentido de la crianza y educación de los menores en correspondencia con su crecimiento y desarrollo emocional, psicológico, físico y mental redundante en la potenciación de sus capacidades (p. 11); en tal sentido exige del Estado un comportamiento respetuoso de aquellos derechos y deberes en cabeza de padre y madre.

La garantía de que los niños no sean separados de sus padres valora específicamente la condición de ser humano en desarrollo y crecimiento, para lo cual es necesaria la presencia y custodia de los padres; establece esta garantía como limitante para los casos excepcionales de separación, el cumplimiento del interés superior del menor (art. 9, p. 12). Este derecho de los niños (as) resalta la importancia del vínculo de pertenencia a una familia y un hogar, como espacio, escenarios de acción de aquellos, en las etapas de socialización del lenguaje, la cultura, la comunidad y la escuela.

Como tal, la obligación – derecho de los padres y madres en la crianza y desarrollo de los niños (as), está señalada en el artículo 18 de la CDNNA, en donde se indica que es responsabilidad de los progenitores la creación de un ambiente sano propio para la crianza, educación y desarrollo pleno de las capacidades de los hijos (as) menores. Es decir, los padres deben realizar comportamientos adecuados, que informen y desarrollen habilidades en los menores respecto al cuidado de la salud, la alimentación, el crecimiento personal, cultural y aprovechamiento de las oportunidades de educación, formación para la sociedad y el trabajo. El Estado, por su parte, tiene la obligación de garantizar que los padres reconozcan la comunidad de esta responsabilidad.

Bácares Jara Camilo (2012), afirma que la CDNNA “instituye los derechos de los menores a la no separación de los padres y la reunión con la familia como posibilidad de realizar la

crianza, el cuidado personal y asistencia inmediata” (p. 188). La consideración de los Estados respecto a la protección familia es el instrumento más adecuado para proteger a los niños (as) y avala a los padres en su responsabilidad frente al cuidado, crianza y educación de los hijos menores, sin perder de vista el interés superior del menor.

Advierte el mismo autor que es “un acierto de la convención el establecimiento de la obligación los Estados de asistir a los padres, a través de la infraestructura de servicios sociales, para potenciar su capacidad de desarrollar los derechos afirmados por la CDNNA” (Bácares Jara Camilo, 2012, p. 188), lo que permite conceder a la crianza un carácter público opuesto a una acción estrictamente privada, como tradicionalmente se aplicaba

#### **2.1.4 La custodia en el derecho comparado**

Una de las fuentes importantes para la comprensión de cualquier problema jurídico es el derecho comparado. Desde el derecho comparado, la custodia es un asunto debidamente abordado por diferentes autores quienes en el Estudio de derecho comparado respecto al tema, informan que en la legislación de la Comunidad Europea se ha relacionado la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental con los asuntos atinentes con la custodia, la patria potestad, y cuidado de los menores. Dichos asuntos son definidos desde tres categorías, a saber: responsabilidad parental; derechos de custodia; derecho de visita. (Aramburu Muñoz Isabel, et. al 2006),

En este mismo estudio, los autores resaltan que en España, Bélgica, Francia, Inglaterra y Gales, Italia y República Checa – “sólo el 23% sobre el total de los países miembros de la U.E - contemplan la custodia compartida, entendida como alternancia en la residencia del y de la menor con ambos progenitores al momento de la ruptura de la pareja” (Aramburu Muñoz Isabel, et. al, 2006, p. 10), como estrategia para garantizar los derechos de los menores en la Comunidad Europea.

Igualmente, los autores aclaran cómo es posible encontrar una posible confusión con el término responsabilidad parental que integra las nociones de patria potestad y custodia usado en varios países. También deja claro este estudio, que “el criterio prevalente para atribuir la custodia -en situaciones de no convivencia de los padres- de los/las menores es el del interés superior del menor interpretado en cada realidad concreta” (Aramburu, et. al, 2006, p. 18). Es importante tener en cuenta que la práctica de la custodia compartida en Europa “incluye la posibilidad de definir por el juez una residencia alternada del menor orientada a la reconstrucción de las relaciones entre padres e hijos” (Aramburu Muñoz Isabel, et. al, 2006, p. 10). Así lo resalta también Barcia Lehmann Rodrigo (2019).

En España, la custodia esta asociada a la patria potestad como derecho – función que, por la naturaleza de estos, otorga un sentido - finalidad social a su ejercicio al servicio de los hijos(as), dirigido a prestarles asistencia, guarda, custodia, alimentación, cuidado especial y educación. Tiene una titularidad conjunta de los padres y su realización exige corresponsabilidad; en caso de que los padres estén separados la ejercerá aquel padre con quien conviva el hijo(a); de esta manera, la patria potestad, la custodia, asistencia, cuidado y educación del menor puede ser ejercido de manera conjunta o de forma unilateral. No obstante, “la regla general en la regulación de las relaciones paterno – filiales de las parejas divorciadas o separadas es la atribución de la patria potestad compartida a ambos

progenitores, teniendo en cuenta la excepcionalidad enunciada anteriormente” (Aramburu Muñoz Isabel et al, 2006, p. 12). Estas regulaciones son pertinentes toda vez atienden al atendiendo al interés superior del niño(a), y sea un acuerdo entre ambos padres o por medio de decisión judicial.

En América Latina, Puerto Rico, admite la custodia compartida por la necesidad del menor de compartir con ambos padres. Tiene fundamento en principios de corresponsabilidad de padre y madre y en la cooperación de ambos en la crianza de los NNA. Algunos factores que tienen en cuenta al momento de atribuir la custodia compartida son: “a) capacidad, disponibilidad y firme propósito de criar conjuntamente a sus hijos; b) buena comunicación entre los padres; c) Previsión real de conflictos futuros, d) motivos y objetivos que impulsan a la pareja de padres a solicitar la custodia compartida” (Rangel Guerra Soraya Marcela, 2019, p. 44).

En Chile, el tema de la custodia de los menores es abordado con el concepto de la Tuición Compartida o cuidado compartido, el cual asigna a padre y madre separados o divorciados igual derecho en la crianza, cuidado y educación de los menores. Esta particular figura jurídica fue establecida con la Ley Amor de Papá en 2013, “que otorgó igualdad de posibilidades de quedar con la custodia de los hijos menores a padre y madre reconociendo oportunidades para que los padres compartan el cuidado personal del menor” (Rangel Guerra Soraya Marcela, 2019, p. 42).

Duarte (2015), en su estudio sobre la Custodia compartida en Colombia, revisa en el derecho comparado y revela cómo los Estados Unidos y Canadá presentan la custodia compartida en relación a garantizar la crianza, el cuidado personal y la educación de los hijos (as) menores; así, en EEUU, la custodia puede ser atribuida a un solo padre con autorización para que decida sobre todos los asuntos del niño y toma el nombre de custodia legal conjunta; mientras que la custodia física está relacionada con la residencia del menor y el otro padre puede tomar las decisiones respecto del menor. Por otra parte, en Canadá se presenta la custodia exclusiva e indica el derecho del padre para decidir sobre la vida de sus hijos menores, educación, salud, etc., excluyendo al otro de esta toma de decisiones; y la custodia conjunta donde el acuerdo contempla la coparticipación, corresponsabilidad y colaboración entre los padres.

En síntesis, la modalidad de custodia conjunta legal o física está soportada en un acuerdo entre los padres que establece su corresponsabilidad en las decisiones sobre sus hijos menores sin afectar la asignación de la residencia del niño. “En aquellos casos en los que la madre o el padre tiene los derechos para decidir sobre sus hijos(as) menores y la residencia de estos hay un reconocimiento de la custodia completa” (Guerra, 2019, PP. .29-32).

En México, la normatividad que regula la tenencia y cuidado de los hijos menores luego de una separación contempla expresamente la custodia compartida; mientras que en Argentina la ley, en casos de separación o divorcio de los padres, otorga la custodia a la madre (Guerra, 2019).

Es de advertir, entonces, que, en la literatura revisada del derecho comparado, las diversas legislaciones al momento de regular la tenencia, el cuidado, la crianza y educación de los hijos(as) menores, siempre buscan la realización del interés superior del los NNA.

En síntesis, el derecho internacional establece los principios que fundamentan la interpretación de la normativa nacional que regula la garantía de los derechos de los niños

(as) y guía su aplicación en las decisiones políticas y judiciales. En ellos están expresos los principios que consultan estas disposiciones.

Tabla 1. *Custodia Derecho Comparado Cuadro Resumen*

PAÍS	CONCEPTO	NORMA O LEY
Unión Europea: Bélgica, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, república Checa	Responsabilidad parental/Custodia Compartida/ Residencia alterna	Código Civil Belga arts.373 a 375. Francia, Ley 305 del 4 de marzo de 2002. Inglaterra y Gales, Children Act 1989 y Adoption and Children act 2002. Italia, Constitución art. 30.1 y Código Civil art. 147. Ley 54 de 2006. República Checa Ley 132/1982, Ley 234/1992 y ley 97/1998
España	Patria Potestad – Guarda custodia.	Constitución Española art. 39; Código civil español - Ley 15 del 5 de julio de 2005 arts. 154, 156, 162.
Puerto Rico	Custodia Compartida	Ley Especial 223 de 2011 “Ley Protectora de los Derechos de los menores en el Proceso de adjudicación de Custodia”.
Chile	Tuición Compartida	Ley 20.680 del 16 de junio de 2013.
México	Guarda y custodia compartida	Código Civil para el Distrito Federal
Estados Unidos	Custodia Física Compartida	Legislación expresa en 35 estados y un distrito Federal
Canadá	Custodia Legal Conjunta	1997 Federal Child Support Guidelines under the Divorce Act

Fuente Propia. Elaborado con base en la información contenida en: Aramburu, et. Al. (2006) y Duarte (2015).

## 2.2. La custodia en el Derecho Interno

El Sistema Jurídico Colombiano es la articulación de los diferentes procedimientos, instrumentos, garantías o prestaciones contenidas en estatutos jurídicos, legislaciones,

decretos y jurisprudencia que permiten el acceso del menor, sujeto de derechos, a la protección, provisión, desarrollo realización o exigibilidad de las salvaguardias a su dignidad humana.

Estos mecanismos de protección y desarrollo de los niños(as) están condensados en el articulado de principios fundamentales, derechos constitucionales, código civil, normativa de familia y legislación específica sobre el menor.

### **2.2.1. La custodia en la Constitución Colombiana**

Respecto de los principios fundamentales, la Corte Constitucional de Colombia, (Mg. Ciro Angarita, Sentencia T 406/92) los considera prescripciones jurídicas de aplicación inmediata que obliga tanto al legislador como al juez constitucional porque define una obligación para el Estado que está relacionada con la naturaleza política y orgánica del mismo y sus relaciones con los ciudadanos. En este sentido, el Artículo 5 constitucional “reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” Y en el artículo 7 “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.” (Corte Constitucional, 2016).

Estos dos principios constituyen el fundamento del derecho de custodia del menor y del derecho obligación de los padres al cuidado personal, crianza y educación de los niños (as); pues están reconociendo la familia como espacio y escenario de vinculación primordial del niño donde a partir del afecto, el cariño, el amor, el cuidado, protección, lenguaje, comunicación, cultura y auto reconocimiento prodigado por los padres y las comunidades, los menores están dispuestos a participar en los diversos escenarios de socialización y ciudadanía. Familia y cultura son el fundamento de reconocimiento del complejo relacional que provee identidad, carácter y personalidad al niño(a) -sujeto de derechos.

El Artículo 42 constitucional establece la protección a la familia, núcleo básico de la sociedad, a partir de sus funciones vitales, de socialización y afirmación de la personalidad; da un carácter de derecho fundamental a la familia y obliga al Estado protegerla y a promulgar políticas públicas y sociales que redunden en asistir en la constitución de las familias y en la asistencia, crianza, cuidado personal y educación de los menores. Introduce este artículo la protección a la “Honra, la dignidad y la intimidad familiar” (inc. 3), en concordancia con los derechos reconocidos a los niños(as) en la CDNNA; igualmente introduce el reconocimiento a la igualdad y respeto mutuo de todos los integrantes de la familia (inc. 3).

Específicamente es el artículo 44 constitucional el que instituye los derechos de los niños, integrando en el tanto garantías, prestaciones y asistenciales. Así los derechos a la vida, la integridad física, al nombre, nacionalidad, libre expresión de su opinión y familia adquieren carácter de salvaguardias; mientras la salud, la protección social, la educación, cultura y recreación son prestaciones; y el cuidado, amor son derechos de asistencia. Relacionados entre sí constituyen los ámbitos en que los niños (as) despliegan su actividad en el proceso de crecimiento, desarrollo y formación de destrezas y habilidades.

Para concluir, es posible afirmar que los artículos constitucionales (5 y 42) consagran derechos y deberes que emergen del complejo relacional de la familia, además de reconocer la igualdad de derechos y responsabilidad de sostener, asistir y educar a los hijos(as) menores o que no puedan valerse por sí mismo.

### **2.2.2. La custodia en la Legislación de familia.**

El conjunto de normas que constituyen el derecho de familia en el sentido de la prevalencia del interés superior y de los derechos fundamentales de los niños(as) y adolescentes define los lineamientos de los derechos - deberes de los padres con respecto de los hijos menores. En esta dirección, son reguladas las relaciones entre padres e hijos fijando la patria potestad, la igualdad de derechos - deberes de padre y madres en referencia a los hijos menores, la dirección y sostenibilidad conjunta del hogar y la familia (Decreto 2820 de 1974, artículos, 23, 24 y el Decreto 772 de 1975).

La custodia, definida por el Código Civil Colombiano como “la obligación que tienen padre y madre de proveer “el cuidado personal de la crianza y la educación de los hijos” (Código Civil, Título XII, art 253, p. 38). Esta impone un deber a ambos padres que implica presencialidad, coparticipación y permanencia durante el tiempo de la minoría de edad del hijo y una prestación – garantía a éste, orientado a la realización de sus derechos fundamentales contenidos en el artículo 44 de la CP de C.

Como se puede observar, la legislación enfatiza la responsabilidad de padre y madre en igualdad de condiciones. Afirma la Corte Constitucional:

“progenitura responsable tiene una relación directa con el ejercicio de la patria potestad y con el deber de crianza y cuidados personales que los padres deben asumir frente a los hijos. A partir de ella se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella” (Sentencia T-384/18).

En este fallo constitucional se indica que la responsabilidad parental se basa en el ejercicio de la custodia y el deber que tiene padre y madre de cuidado personal de los hijos. Este fallo, resalta, además, la importancia del artículo 254 del código civil, relacionado, según el ICBF (2019) como “la posibilidad de que los cuidados de los hijos los puedan cumplir terceras personas que el juez estime competentes, prefiriendo en todo caso a los abuelos y familiares más próximos” (p.1), lo anterior, en aras de garantizar las condiciones para que los NNA tengan un crecimiento, desarrollo y crianza armónicos e integrales.

Es de advertir que la custodia, cuidado personal, educación y crianza de los niños son derechos de un sujeto que no es plenamente autónomo, y como tal, están en relación con los derechos de sus padres a ejercer conjuntamente su representación legal y administrar sus bienes, hasta que su emancipación sea realizada. En este sentido, hay una relación entre derechos subjetivos de los menores y derechos relacionados con el patrimonio. Estos últimos tienen como finalidad facilitar las responsabilidades de los padres, tal como lo expresa el Código de Infancia y adolescencia:

“La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en 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.” (Ley 1098 de 2006, Artículo 14).

### **2.2.3. La custodia en la Legislación del menor.**

En la Ley 1098 de 2006 o Ley del Código de la Infancia y la Adolescencia incorpora la responsabilidad de padre y madre por igual sobre los hijos y la guarda de los deberes paternofiliales. Esta normativa establece el principio de corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado concurrentes en la guarda y cumplimiento de los derechos de los niños(as) y adolescentes, que al tenor literal expresa lo siguiente:

Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección...” (Ley 1098 de 2006, Artículo, 10).

En este Código, se establece que la responsabilidad parental es igual y compartida para ambos padres y tiene que ver con todo el proceso de formación y socialización del menor.

“...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.” (Ley 1098 de 2006, Artículo 14,

La Ley 1098 de 2006, incluye en el significado de la custodia, la orientación y acompañamiento que deben tener los padres para que los NNA definan su proyecto de vida, construyan su personalidad, afirmen su identidad y participen de forma activa en la sociedad. Así mismo, particular en el artículo 23, de citada Ley, se integra el modo permanente y solidario en el cumplimiento de la custodia y el cuidado personal que tienen los padres con relación a sus hijos(as) menores, por lo cual la custodia no está supeditada a convivencia y, mucho menos extinguida por la separación o divorcio de los padres.

En el artículo 14, de esta Ley, se habla sobre “responsabilidad parental”, entendida como un complemento de la patria potestad. De acuerdo con el Código de Infancia y Adolescencia, la responsabilidad parental es la obligación que tiene los padres a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los NNA. “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” (Ley 1098 de 2006, artículo 14).

Así, entonces, la legislación del menor en Colombia imprime fuerza a prerrogativas existentes con relación a los derechos del menor e introduce claridades con relación a tres situaciones: a) la corresponsabilidad compromete la concurrencia de acciones y actores; b) la responsabilidad parental de ambos padres y c) la coparticipación directa, permanente y

solidaria de los padres con respecto a la custodia y cuidado personal de los niños(as) y adolescente.

En las decisiones jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional Colombiana Sentencia T 587 de 1998, como de la Corte Suprema de Justicia Sentencia STC12085-2018, al pronunciarse respecto a la garantía de los derechos del menor o de sus padres es notorio el examen a partir del principio del interés superior del niño, niña o adolescente y de la prevalencia de los derechos de los niños. La Corte Suprema de Justicia recoge una regla importante señalada en la ST587/98 de la CC.; al momento de fallar la garantía de estos derechos; cuatro elementos deben ser atendidos al justificar esta clase de desiciones:

- a.) Realidad del interés del menor objeto de protección en relación con sus necesidades y aptitudes física y mentales;
- b.) La existencia y protección de los derechos no dependen de la voluntad de los padres o terceros obligados a protegerlos;
- c.) Es un concepto relacional porque su protección se predica frente a intereses en conflicto y el ejercicio de ponderación debe ser guiado por el principio del interés superior del menor;
- d.) Debe demostrarse la tendencia de que dicho interés producirá un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor. (CS de J. Sentencia STC12085-2018)

También es importante resaltar que la igualdad entre mujeres y hombres es contemplada por la legislación Colombiana, Decretos 2820/1974 y 772/1975; el primero estableció la autoridad parental en cabeza de ambos padres, con lo cual fijó la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres con relación a los hijos no emancipados y la dirección conjunta del hogar y la sostenibilidad de la familia; y el segundo la responsabilidad conjunta en la crianza, cuidado especial y educación de sus hijos. (Castillo Yara, 2020, p. 386).

Es posible colegir entonces que, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno, los diferentes modos de protección de la custodia, crianza, cuidado personal y educación de los niños, niñas y adolescentes parten del reconocimiento de estos como sujetos de derechos por la prevalencia de estos y el interés superior de los mismos. Al respecto Delfina del Pilar Cely (2015) refiere como un cambio notorio en la concepción de los NNA; considera que de percibirlos frágil y pasivos, sujetos a una protección disciplinaria, pasa a un reconocimiento de capacidades y potencialidades, derivando la atención en la creación de las condiciones adecuadas y necesarias para el goce de los derechos. Afirma:

“Las características de los derechos son un mecanismo de potencialización, integridad y fortalecimiento de cada uno/a desde el ejercicio y goce efectivo, pues están contruidos desde la dignidad y el desarrollo humano y social. La reivindicación histórica de los derechos humanos ha incluido a un gran número de sectores sociales como mujeres, indígenas, campesinos, niños y niñas; grupos poblacionales que, en momentos específicos, han sido excluidos, silenciados, omitidos y oprimidos.” (p. 44)

La observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009, pág. 5) complementa este reconocimiento al considerar que el artículo 12 de la Convención de los Derechos de los NNA conviene que la opinión libre de los NNA debe ser escuchada y tenida



en cuenta por cuidadores e instituciones para así garantizar el efectivo desarrollo del interés superior de aquellos e invita a su desarrollo. Significa esto una condición jurídica y social; ya que los menores no poseen una autonomía plena con relación a los adultos, pero si son sujetos de derecho que tienen la posibilidad de formarse un juicio propio, razonable y a expresarlo libremente en las situaciones que los afecten. De esta forma estableció que las apreciaciones de los NNA deben ser escuchadas y consultadas no sólo socialmente, sino en los procesos judiciales en los que sus derechos pueden resultar perjudicados.

Igualmente, junto con los otros principios de la convención: no discriminación, vida y desarrollo e interés superior del NNA, el derecho a ser escuchado es obligado al momento de interpretar y hacer respetar los derechos de los menores. (ibid).

### **2.3. La custodia en los estudios socio-jurídicos**

En los estudios socio-jurídicos buscamos explorar algunos significados que a la custodia le han dado, asignado o construido diversos autores con base en sus investigaciones; no creemos que haya consenso respecto de sus abordajes, pero si convergencias con relación a identificar obligaciones, responsabilidades, corresponsabilidades, derechos. Esto con el fin de observar los lenguajes que convergen al momento de la protección de los derechos de sujetos de especial protección como los NNA.

#### **2.3.1 La custodia significados y conceptos**

Resalta el Ramírez (2011) tres situaciones esenciales que definen la custodia: 1. La conformación de la familia por los hijos y los padres y por su vínculo de pertenencia la convivencia y cohabitación común. 2. Cuando los padres no puedan vivir juntos por ausencia, inhabilidad o muerte, los hijos comunes deben permanecer bajo la custodia de uno de ellos. 3. En caso de haber desacuerdo entre los padres sobre la custodia de sus hijos, el Juez decidirá en quién radicará la custodia, pudiendo hacer que radique, por excepcionalidad, en un tercero pariente o no del menor.

En concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- la custodia es un deber correspondiente a los padres, pero extensivo a quienes convivan con el menor.

“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. El defensor de familia citará a los padres o parientes a diligencia de conciliación, con el fin de determinar la custodia” (...) “La custodia es un concepto referido al deber de cuidado de los niños y adolescentes en cabeza de los padres y/o de quienes convivan con los menores. Es por tanto un deber referido a la inmediatez de las personas que cuiden del menor. No obstante, los padres deben ejercerla en forma permanente y conjunta.” (ICBF, 2019, p. 33).

Indica lo anterior que los elementos configurativos de la custodia tienen que ver con la filialidad que surge del vínculo parental cosanguíneo; aunque también puede ser por vínculos de pertenencia al ser hijos allegados a la familia, por la madre o el padre, habidos en otro matrimonio o relación furtiva. Ausencia de un espacio de habitación y entendimiento por separación, muerte o imposibilidad para el ejercicio de las obligaciones y derechos

parentales. También la falta de acuerdo entre los padres para el ejercicio de la custodia en cuanto a la inmediatez del cuidado, la crianza y la educación del menor.

La presencialidad es indicativa de que ambos padres concurren en tiempo y espacio, cohabitan y asisten a los hijos en su proceso de desarrollo, formación e información. Es indispensable que los padres configuren un ambiente estable en el cual se garanticen los derechos fundamentales de los NNA, además, se aporte al desarrollo integral de los mismos. Al respecto, Tedros Adhanom Ghebreyesus (2017) en su texto “El cuidado cariñoso y sensible en el centro de iniciativas globales para mejorar la salud y el desarrollo infantil” expresa:

“Los niños necesitan el cuidado cariñoso y sensible para desarrollar sus capacidades innatas. Es decir, tienen que contar con un entorno seguro que sea sensible a sus necesidades en materia de salud y nutrición, que los proteja de los peligros y malos tratos, y les ofrezca, desde pequeños, oportunidades para aprender y entablar relaciones con personas que se muestren receptivas, brinden apoyo emocional y estimulen su desarrollo. El concepto de cuidado cariñoso y sensible abarca cinco componentes interrelacionados: salud, nutrición, seguridad, atención receptiva y aprendizaje temprano.” (Tedros Adhanom Ghebreyesus, 2017, pp. 17-18).

Sin, embargo, es posible que la presencialidad deje de expresarse como estancia en la cohabitación, cuando ambos padres por múltiples circunstancias han decidido separarse, suspender la cohabitación o decidieron no habitar en común o no liarse. Esta situación muta la forma de presencialidad; pues ambos padres pueden estar presentes en la custodia de los niños sin converger en el espacio o en el tiempo con los hijos; una convivencia distanciada que permita atender el cuidado personal, la crianza y educación de los hijos reconociendo y respetando los derechos de los padres; esto admite, incluso, extender el cuidado a otros filiales próximos como abuelos y/o tíos(as). Es una comparecencia diferencial en la cual los espacios y tiempos de estancia con los hijos no coinciden, pero no impide que las obligaciones y derechos de custodia sean realizados. Padres que no han abandonado ni puesto en riesgo a sus hijos, con todas sus capacidades físicas y mentales, de integridad moral, social y buen comportamiento familiar (Jhon Eisenhower Ramírez, 2011. p. 43), pueden asistir a su prole en tiempos y espacios mutuamente acordados o definidos por un juez.

La coparticipación está relacionada no sólo con brindar amor, afecto, cariño y dispensar la protección necesaria frente a los riesgos que tienen los niños en el proceso de crecimiento físico, emocional y cognitivo, sino que tiene que ver con contribuir solidariamente en la provisión de los recursos materiales y económicos, que le den sostenibilidad a la crianza y educación del hijo(as) menores, de tal manera que los derechos de éste sean garantizados.

De igual forma, la permanencia en la custodia tiene relación con lo fundamental que es su presencia y coparticipación durante la vida de los hijos e hijas menores. La figura del padre y de la madre son importantes para la trascendencia del menor a la sociedad. Constituyen los soportes inmediatos de la existencia, formación y proyección de la progenie. Sin embargo, la

permanencia no puede reducirse a la voluntad de residencia o cohabitación; o confundirse con la perduración de la presencia física en el lugar de habitación; o limitarse a la perpetuación de la relación progenitora. En tal sentido la permanencia en la custodia es un concepto que debe ser liberado de la sujeción al lugar y trascender los límites del residir común de los padres. Aquella implica la generación de condiciones materiales y emocionales afirmativas de seguridad, protección, provisión, aprendizaje, educación y relación con la comunidad, la cultura y el Estado.

En relación con lo anterior, compartimos la apreciación de Castillo Yara (2020)

“El Ordenamiento civil pasó de un modelo patriarcal con criterios legales hermenéuticos propios de los códigos civiles del siglo XIX a uno producto de la interpretación y, en consecuencia, reconstrucción de estos, para estar a tono con sistemas sociales y familiares más democráticos<sup>3</sup>. Pretende que el niño o adolescente cuente con las condiciones idóneas para su crecimiento y formación; que las decisiones de cuidado personal y custodia se orienten a que el menor de edad no sufra una ruptura de sus vínculos afectivos. En principio, los hijos deben permanecer con ambos progenitores, pero en atención a las particularidades de los casos que se examinen en un tribunal, debe optarse por la decisión que salvaguarde el eje rector del interés superior del niño.” (p. 386).

En concreto, es posible afirmar que la realización de la presencialidad, la coparticipación y la permanencia de los padres en la custodia de los hijos, puede ser ejercida sin que ambos padres coincidan en tiempo y espacio; esto no afecta el proceso de crianza, cuidado personal y educación de los hijos; al contrario reconocer estas condiciones o situaciones trae como consecuencias que el estado con sus decisiones garantice los derechos de los menores y cree las condiciones para que los padres cumplan con sus deberes u obligaciones y cumplan su función de padres.

### **2.3.2. El cuidado personal y crianza**

Luego, la funcionalidad de la familia está en la asistencia que ofrece a cada miembro de ella; en especial la que deben los padres a los hijos menores, y recíprocamente, la que deben los hijos a sus padres mayores adultos cuando no pueden cuidarse o valerse por sí mismos. Esta asistencia es la manera que adquiere el cuidado personal en el derecho de custodia. La crianza expresa la presencia de padre y madre en los procesos de información y formación de los hijos. Los rendimientos emocionales, intelectuales, sociales, culturales y productivos manifiestan una asistencia paterna implicada en la historia social de los hijos, su disposición a hacer, participar y una figura materna que comparte, socializa y forma el afecto, el amor, la dedicación, el cariño, la ternura y la compasión como modos de construcción de los vínculos y relaciones con los demás.

La crianza está relacionada con la influencia que tienen los padres o cuidadores de los niños en el desarrollo socio afectivo de éste; las imágenes positivas y/o negativas, los prototipos, valores, normas, roles y habilidades son aprendidas durante la infancia, y esto, atañe al desarrollo de capacidades adaptativas y resilientes, de sociabilidad y regulación tanto emocional como en las relaciones sociales. Así, la socialización de los hijos es producto de las prácticas de crianza de los padres, es decir, de la manera como estos incorporan,

costumbre, hábitos, normas, valores y dan sentido al desarrollo del niño (Cuervo Martínez Ángela, 2010, pp. 112, 114).

Aguirre (2000) considera que la socialización permite que las personas adquieran e incorporen saberes, conocimientos, prácticas culturales con las que construyen su identidad particular y social, así como el tejido o redes sociales que lo articulan a la comunidad. EL autor, “destaca que la socialización es un proceso interactivo que transcurre durante toda la vida, en el cual participan todos con afectaciones mutuas, e influencias de las instancias sociales y a la vez desarrollan capacidades para modificarlas” (Aguirre, 2000, p. 18); así mismo que, “este proceso facilita la incorporación de los individuos a la estructura y dinámica social se expresa de una manera particular en las prácticas de crianza, acciones de los adultos, en especial padres de familia, encaminadas a orientar el desarrollo de los niños.” (Aguirre Dávila Eduardo, 2000, p. 27).

La afirmación anterior permite observar una relación de mutua afectación entre los padres y los hijos; en esta tanto unos como los otros, ejercen una influencia importante en sus estados emocionales, de ánimo, comportamientos, disposición a la socialización, representaciones de jerarquía, mando, represión, miedo, frustración, cuidado, protección, riesgo, seguridad, compromiso, obligación, responsabilidad. De esta manera podemos afirmar con Torres Velásquez Laura Evelia et, al. (2008) “Podría decirse que la crianza es tanto informar como formar; más dar instrucciones, es ir formando actitudes, valores y conductas en una persona” (p. 79).

Algunos temas antes mencionados perfilan el contenido de la asistencia y protección del menor como significativo de su custodia. Así lo afirma Einsenhower Ramírez Jhon (2011), “ya se advierte que corresponde a la familia, la sociedad y al Estado brindar al menor la asistencia y protección que requiera para su óptimo desarrollo y crecimiento personal” (p. 44). Pues, de entrada los NNA se encuentran en un estado de indefensión o debilidad, de allí que sean considerados sujetos de protección especial.

Remite esta apreciación a que la familia es el complejo relacional que sustenta el proceso de socialización, adaptación y formación del menor, pero a su vez que ayuda y apoya la satisfacción de las necesidades materiales, emocionales y espirituales del sujeto menor; además de proveer la protección y seguridad precisas de sus derechos para su desempeño en la comunidad. Corresponde en tal sentido a la familia y, a todos aquellos que la integran, la responsabilidad del cuidado, crianza, asistencia y socialización de los hijos (as) menores. Es importante reconocer con la Ley 294 de 1996 quienes constituyen la familia:

“La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformada. Para los efectos de la presente ley, integran la familia: a) Los cónyuges o compañeros permanentes; b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica (Ley 294 de 1996, Artículo 2).

Del complejo vincular que compone la familia es resaltable la corresponsabilidad del cuidado no sólo de los padres, sino de aquellos que, de manera permanente están integrados a la familia. Esto porque de dichos vínculos emerge un conjunto de relaciones entre adultos mayores, adultos, jóvenes, niños, hombres y mujeres; relaciones significadas por el cuidado

recíproco que se deben entre sí y con respecto a los niños, que expresa la decisión común de cuidar otros como parte del cuidado de sí mismo. Así lo plantea Bernal Martínez de Soria Aurora (2013):

“...Decidirse a cuidar en la familia es fruto también de una elección que las condiciones materiales pueden entorpecer o facilitar pero que sustancialmente no se supedita a ellas. Es decir, cómo los miembros de la familia asumen el cuidado obedece en gran parte a su convicción acerca de qué es el cuidado, porqué es, hasta qué límite, cómo compaginar el cuidado por los otros con el cuidado por uno mismo, etc.” (p. 241)

Con base en lo anterior, es posible argumentar como en la familia surge un ámbito moral del cuidado de los hijos; es el que representa los valores y principios que llevan a que los miembros de la familia estén comprometidos con el cuidado de sus integrantes y se manifiesta en la solidaridad entre generaciones y géneros que participan de la unidad familiar (ibid, 241). De ahí que, en el cuidado también hay coparticipación de aquellos que de una u otra forma hacen parte de la célula básica de la sociedad. Esto lo resalta Bernal Martínez de Soria Aurora (2011), quien indica que, “si constituyen familia, los padres y los hijos, las personas que habitan en el mismo inmueble, los empleados del hogar, ya tenemos entonces quiénes son los que se han de ocupar del cuidado de los menores de edad” (p. 45).

Así, entonces, el cuidado de los niños trasciende la esfera de los padres, como exclusivos garantes del cuidado personal de los niños(as) menores. También incluye a quienes, a título de usuarios o habitantes del hogar, hacen parte de la familia en alguno de sus tipos.

Sin embargo, es importante agregar, que esta extensión solidaria del cuidado de los niños(as) menores a todos los que habitan en un hogar, está referido a la creación de un entorno inmediato estable que garantice, salud y nutrición, afecto, cariño y cuidado; protección frente a los riesgos materiales, morales, naturales y sociales, además de facilitar aprendizajes tempranos, la disposición a la educación y a participar de la sociedad.

### **2.3.3. Interés superior de los NNA.**

El interés superior del niño está relacionado con su reconocimiento como sujeto de derechos en todas las convenciones y tratados internacionales referidos a los NNA. Desde la Declaración de Ginebra en 1924, pasando por la Declaración universal de los Derechos Humanos en 1948, la Declaración de los derechos del niño en 1959, el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) hasta llegar a la Convención Internacional de los derechos del Niño de 1989.

La importancia del principio del interés superior del niño es que traza un horizonte en el cual sus derechos están fundamentados en su condición de persona; consecuencia de lo cual, los mecanismos de protección de los derechos de los NNA son complementarios de los instrumentos generales de protección de los derechos humanos reconocidos a todas las personas. “Aunque los menores gozan de una protección especial como grupo poblacional debido a su condición de crecimiento y desarrollo que los puede poner en situaciones de riesgo y vulnerabilidad” (Cillero Bruñol Miguel, 1998, p.3).

Es necesario aclarar que los derechos de los NNA no dependen de su condición especial, sino de su condición universal de humanidad que le reconoce dignidad humana. La condición especial habilita los mecanismos particulares y complementarios de protección relativos a su vulnerabilidad que les confiere prevalencia cuando estnado en relación con los derechos de otros sujetos, el bienestar, el ambiente de sano crecimiento y desarrollo, cuidado crianza y educación quedan comprometidos en las controversias jurídicas entre sus padres y familia.

“Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultanea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes” (Código de la infancia y de la adolescencia, 2012. p 10). De allí que la custodia y tenencia del menor en las decisiones judiciales deba ser asignada al progenitor(a) que tenga mayores posibilidades de garantizar bienestar y cuidados integrales; sin embargo, en algunas ocasiones, las disputas entre los padres por la custodia del menor tienen más fundamento en la realización de los derechos de la madre o el padre, que en la garantía de los derechos del hijo(a), para sacar alguna ventaja o compensación en la controversia afectiva.

La Corte Constitucional de Colombia ha producido múltiples los pronunciamientos frente a este tema; de hecho, afirma que: “en todo acto, decisión, o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existen conflictos entre sus derechos fundamentales con los de cualquier persona” (Ley 1098 de 2006, artículo 9). Por su parte, en la sentencia T 587 de 2017, considera que los menores también deben ser tenidos en cuenta a la hora de tomar la decisión con quien estar; tienen todo el derecho a ser escuchados a manifestar todos sus gustos, acuerdos y desacuerdos; es decir, debe ser tenido en cuenta en las decisiones judiciales, las apreciaciones dadas por el NNA sobre quien estará a cargo de su custodia y cuidado personal, por sentirse más seguros y protegidos con determinada persona; y no obedecer estereotipos de modelos familiares donde solo resulta afectado el menor, por su condición de vulnerabilidad. El reconocimiento a sus apreciaciones otorga legitimidad para que el mismo menor manifieste con quien considera verá satisfechas sus necesidades; no basta la relación jerárquica de padres a hijo(as) que somete a estos a una decisión de sus padres.

Es importante enfatizar la conclusión de que los menores no pueden ser sometidos a una decisión de los adultos sin antes ser escuchados y su opinión tenida en cuenta, en los asuntos que controviertan la custodia, cuidado personal y educación de los hijos(as), pues de lo contrario esto desencadena consecuencias negativas que pueden poner en situación de vulneración los derechos del hijo(a).

Las controversias por la custodia de los hijo(as) entre los padres que presentan alguna situación de alienación parental o manipulación afectiva, son observadas con atención; prestar ayuda, cuidado personal y bienestar a los menores pasa por facilitar las expresiones de amor, afecto y cariño de padres y madres y no por obstaculizar o limitar tales manifestaciones, además de preservar el entorno o ambiente familiar que provea condiciones materiales, afectivas, mentales, emocionales y sicológicas estables. En tal sentido, los acuerdos entre padres o las decisiones judiciales establecen modos de cumplimiento y garantía de los derechos de los hijos(as), en situaciones de separación o divorcio de los padres

y el tránsito a otras formas de atención, presencialidad y coparticipación en la custodia y crianza de los hijos(as) menores.

La Corte Constitucional ha considerado que el derecho de los niños(as) a la familia y a no ser separado de ella es un derecho fundamental:

“El derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta. La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal, dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales.” (Sentencia T 587 de 1998 p.1).

Así pues, el cuidado personal de los hijos debe ser un conjunto de acciones conjuntas de la familia, la sociedad y el Estado, tendientes al desarrollo integral y vida digna de los hijos(as), por tanto, cualquier medida tomada respecto de ellos debe consultar las características del principio del interés superior de los NNA. Que a continuación resalta la Corte Constitucional:

“El interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos”. (Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, p. 6).

De otro lado, la noción del interés superior del niño, significa que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quienes se encuentran en las primeras etapas de la vida; la niñez es un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la sociedad. A menos niños con compromiso de sus derechos, tendremos una sociedad más armónica y menos problemas sociales que atender; pudiéndose así dirigir la atención no a corregir sino a prevenir y atender.

#### **2.3.4 El criterio de la igualdad de género**

La concepción de igualdad es expresada en nuestro ordenamiento jurídico desde el art. 13 de la Constitución Política de Colombia que al tenor literal dice:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que,

por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (Corte Constitucional, 2015, p. 15)

Contiene tres elementos a resaltar; el primero hace referencia a la concepción individual de los derechos manifiesta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artics. 3 y 26 y el Pacto de los Derechos económicos Sociales y Culturales artics. 2 y 3; además de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos art. 24 y el Protocolo Adicional a la Convención art. 3. En ellos son resaltadas la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación por cualquier motivo. (Lucumi García Edna Soranyi, 2021, p. 6). En este primer elemento hay que comentar que la igualdad aquí resaltada es ante la ley, las autoridades públicas y sus instituciones; tiene que ver con igualdad en los procesos, procedimientos e instrumentos establecidos por la ley.

El segundo elemento que sobresale es el compromiso del Estado para crear las condiciones materiales, sociales y políticas para que el goce de la igualdad como derechos sea realizado. En este sentido las autoridades públicas deberán promulgar leyes que promuevan y estimulen el trato igual y sancionen las diferentes formas de discriminación. Al respecto la Corte Constitucional dice:

“Los contenidos del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes” (Sentencia C 624 de 2008).

El tercer elemento enfatiza la protección especial a sujetos que por su condición económica, física o mental, pueden estar en situaciones de riesgo o vulneración de sus derechos tales como “El sexo, la orientación sexual o la identidad de género; - La raza; - El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole; - La lengua; - La religión; -La opinión política o filosófica; - La pigmentación o el color de la piel; - La condición social y/o económica; - La apariencia exterior; - La enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral” (Sentencia T 314 de 2011).

En este sentido la Corte avanza creando la categoría sujetos de especial protección constitucional constituidos por sectores sociales y poblacionales que deben ser atendidos con acciones positivas del Estado; entre estos sujetos están: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza. (Sentencia T 167 de 2011).

Es importante anotar que en el caso de los tres elementos anteriormente presentados hay una responsabilidad directa y especial del Estado; en este caso la igualdad esta situada en



escenarios políticos. Es una responsabilidad de las instituciones del Estado; de este mismo modo sucede con el artículo 43 donde reconoce:

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” (Constitución Política de Colombia, artículo 43).

De otro lado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia en su párrafo 4º establece: “Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.” En este aparte la igualdad no se ubica en el escenario de los dos artículos anteriores. Aquí puntualiza las relaciones entre los miembros de la pareja de esposos y en los integrantes de la familia. Estos vínculos son los que expresan las formas de afectación entre las personas y en tal sentido el escenario de estas relaciones es aquellos que tienen que ver con la convivencia. Así lo describen Villegas Arenas Guillermo y Toro Gaviria Julián Andrés (2010):

“Cuando la igualdad deja de ser una responsabilidad de las cortes legislativas o un asunto de derechos, y queda en las manos de cada persona respecto a su compañero, vecino, familiar, etc., se trasciende de una igualdad política a una igualdad ética; a este tipo de igualdad se le teme porque avienta a una posición proclive al desasosiego, dado que es natural esperar y pedir de parte de los que están alrededor que reconozcan nuestras libertades, posibilidades y condiciones particulares...” (p. 105)

Así, entonces, gracias a las ideologías que instalan sistemas de creencias como sentido común, las diferencias producto de la naturaleza o determinadas por las condiciones materiales de existencia son representadas, incorporadas y naturalizadas por las personas como dicotomías que expresan jerarquías y subordinaciones; muy a pesar de que la dicotomía igualdad – diferencia sea necesaria; para ser iguales es imprescindible reconocer nuestras diferencias. (Ibídem, pág. 106)

Lo anterior permite afirmar que el problema de la igualdad de género al momento de decidir la custodia – tenencia de los NNA en procesos de reclamación de derechos por los padres está ubicado más en escenarios de las decisiones políticas que en escenarios éticos. Por lo que jueces y autoridades administrativas deben atenerse a las recomendaciones de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al principio del Interés Superior del Menor como principio rector e interpretación del conflicto de derechos de padres e hijos al momento de decidir el injusto relacionado con la custodia, crianza, cuidado personal y educación de los hijos(as) menores.

## CAPÍTULO 3

### 3. La custodia en la jurisprudencia: criterios prevalcientes

El examen de las sentencias T 557 de 2011, la T 587 de 2017 y T 384 de 2018 de la Corte Constitucional Colombiana; y la revisión de la sentencia STC12085—2018 de la CSJ de Colombia tiene el cometido de aproximarse a los criterios que prevalecen en las decisiones judiciales de las altas cortes, al momento de proteger y garantizar los derechos de los niños(as) y adolescentes, en situaciones excepcionales, que ponen en crisis la regularidad del cumplimiento de los derechos – deberes de los padres con relación a los hijos menores.

La Sentencia T 557 de 2011 hace énfasis en tres elementos fundamentales a saber: la prevalencia de los derechos de los NNA en relación con el principio del interés superior del menor; resalta la intención del constituyente al establecer la prevalencia de los derechos de los niños y niñas en el parágrafo 3º, artículo 44, de la C.P. de Colombia; otorga al menor sujeto de derechos un lugar preponderante en el ámbito de la protección de los derechos y cumplimiento de las obligaciones sociales y del Estado. Lo anterior, debido a su condición de fragilidad, inmadurez física y mental; ser humano en proceso de crecimiento material y de desarrollo de habilidades, destrezas y capacidades mentales, que exige de asistencia, cuidado y educación.

“... lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.”  
(Sentencia T 557 de 2011, p. 8).

Esta prevalencia es conjugada con el principio del interés superior del menor expreso en el artículo 3º de La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3º; pondera los derechos del menor, con relación a los derechos – deberes de los padres y de otras personas, para poder definir los comportamientos a realizar por las diferentes autoridades con el objetivo de “atender el interés superior del niño”. De acuerdo con lo anterior examina las reglas del ordenamiento interno para la protección del menor y restablecimiento de sus derechos en el otorgamiento de la custodia y las políticas de protección de la infancia que tienen las autoridades responsables del asunto (Sentencia T 557 de 2011).

El principio del interés superior del niño y las niñas tiene una intencionalidad hermenéutica; es descrito como la prevalencia de sus derechos frente a los demás y, exige de cualquier autoridad, la protección de estos derechos, al momento de tomar alguna decisión o que el estado justifique su intervención en la familia. Así lo plantea la misma Sentencia T 557 de 2011:

“Nuestra Constitución recoge dicho principio expresamente, como fue enunciado, en el parágrafo 3º del artículo 44. Igualmente, consigna un listado de los derechos fundamentales de los niños, en el que incluye la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Dispone también el artículo constitucional que nos ocupa, que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o

moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Y, finalmente, reconoce a favor de la infancia los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” (Sentencia T 557 de 2011, p. 9).

Sin embargo, la Corte Constitucional es cautelosa y establece unos juicios de razonabilidad y ponderación para determinar el interés superior del niño (a); así los reconoce este fallo constitucional recogiendo lo establecido en la Sentencia T 510 de 2003, que en titulares plantea los siguientes criterios:

1. Garantía del desarrollo integral del menor. Se refiere no sólo al desarrollo físico e intelectual, sino mental, emocional, psicológico y afectivo.
2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, no solo los contenidos en el texto constitucional, sino aquellos reconocidos en la legislación y las decisiones judiciales. Implica un deber para el estado de crear el desarrollo material adecuado para la realización de los derechos de los niños (as).
3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Es la referencia al desarrollo armónico, que previene de los riesgos que implican el crecimiento en una sociedad de riesgos para la salud y una vida sana; es decir, amparar al menor de situaciones que vulneren su dignidad humana.
4. Equilibrio con los derechos de los padres; ponderación y proporcionalidad al momento de comprender los derechos de los menores en relación con los de los padres. Situación en la cual cualquier solución deberá satisfacer el interés superior del menor.
5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Este criterio enfoca la garantía que tienen los niños (as) a tener una familia, un hogar, en el cual, pueda realizar su proceso de crecimiento.
6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. El Estado tiene que justificar su intervención en la familia; por si solo, sin un motivo, aquel no puede realizar alguna injerencia en el complejo de relaciones familiares; deben estar en riesgo los derechos de quienes participan de la familia (Sentencia T 510 de 2003).

Es importante resaltar que la Sentencia T 557 de 2011 deja claro que dar prelación al interés superior del menor, sin que esto sea conducente a la vulneración de los derechos de los padres. Pues, incluso en las situaciones en que los derechos de padres e hijos menores entren en conflicto, es importante garantizar el contacto directo de los mismos.

La Sentencia T-311/17 de la Corte Constitucional respecto a los asuntos de la familia y a la protección de los derechos del menor dirige su atención “a la familia y sus nuevas realidades, así como a las reglas jurisprudenciales relativas al derecho a tener una familia y no ser separado de ella; al derecho al amor desarrollado por la Ley 1098 de 2006 y el interés superior del niño...”.

Examina la Corte los significados de familia que establece el artículo 42 de la C.P. de Colombia concluyendo que su formulación admite, no solo a la familia nuclear y heterosexual, sino que, además, la expresión “... o por la voluntad responsable de conformarla” “amplía esta noción a una comprensiva de otras formas familiares”. Así la interpretación del artículo no es restringida a un tipo de familia, sino que es extensiva a

otros, reconociendo que la familia es un concepto afectado por la emergencia de la sociedad plural. Esto para garantizar el derecho de los niños (as) a tener una familia. Revisa los contextos y dinámicas de las familias en la contemporaneidad y las situaciones de ruptura de las relaciones entre padres y madre, por separaciones, divorcios, vinculación laboral distante de alguno de los padres o por la muerte de alguno de ellos. Situaciones que redundan en afectaciones a los niños (as), para el debido cumplimiento y realización de sus derechos; obligando que estos sean garantizados.

La Corte retoma la Observación General No. 17 del Comité de los Derechos del Niño, complementada con la Observación General No. 7 de este Comité que indican “en caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres” (Sentencia T 311, 2017). Situación que obliga a reconocer la responsabilidad que tienen los padres de promover el desarrollo y el bienestar del niño, lo cual implica la obligación de no separar a los niños de sus padres.

En conclusión, la Sentencia 311 de 2017 considera que independiente del tipo o modelo de familia los padres tienen igual responsabilidad con la custodia, el cuidado personal, el desarrollo y la crianza de los niños (as); la diversidad de modelos familiares no debe afectar la realización de los derechos de los menores.

La Sentencia T-587/17 enfrenta la discusión de la asignación de la custodia en situaciones de discriminación de género. En este sentido examina decisiones de autoridades públicas desconocen o no la figura y el rol paterno en la crianza con fundamento en razones de género; igualmente revisa si tales decisiones afectaron el interés superior del menor en relación a estereotipos de género; además resalta el derecho de los menores de 18 años a ser escuchado, en correspondencia con la protección constitucional y del derecho internacional.

Con relación a la asignación de la custodia, el cuidado personal y la crianza de los niños (as) en una situación donde la figura del padre y su rol en la crianza de los hijos(as) menores es cuestionada, la Corte Constitucional analiza el artículo 13 de la C.P.P. de Colombia en relación con el derecho-garantía a la igualdad. Diferencia entre igualdad formal –inciso 1°.- referida a la posición igual de los sujetos de derecho frente a la ley; indicativo de que la ley y demás normas jurídicas deben ser aplicadas por igual frente supuestos de hecho; e igualdad material –incisos 2° y 3° que exhorta a garantizar el principio de igualdad en situaciones de hecho desiguales; de esta forma invita al desarrollo de acciones afirmativas que aseguren un trato igual a quienes se encuentren en las mismas circunstancias fácticas y un tratamiento diferente a quienes se hallen en circunstancias diferentes. La Sentencia en comento cita la SC624 de 2008 en la cual Corte Constitucional amplía estos conceptos de la siguiente manera:

“Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad según lo ha señalado la doctrina Colombiana pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato

diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.” (SC624 de 2008).

Considera la Corte que la igualdad no tiene un contenido material específico o significado particular de alguna de las actividades humanas. Es un principio o derecho relacional que es definido en relación con el otro (a) o lo otro, las condiciones materiales de existencia. A diferencia de otros derechos fundamentales la igualdad puede ser reivindicado por cualquier sujeto ante un mal trato o trato injusto, provocado por un particular o alguna institución pública. Por ello los mandatos que ilustran la invocación del criterio de igualdad.

De ahí que, en las situaciones concretas en las que debe definirse la custodia de los menores, tener en cuenta el rol familiar y la presencia de padre o madres frente al cuidado, crianza y educación de los niños (as), debe tenerse en cuenta los mandatos arriba referidos para construir el criterio de la igualdad de géneros en estos casos concretos.

La Sentencia 384 de 2018 de la Corte Constitucional es reiterativa de la jurisprudencia hasta la presente desarrollada en cuanto al “ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional que atiende el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como el derecho a tener una familia y no ser separados de ella.” (pág. 36)

Enfatiza esta sentencia elementos relacionados con la igualdad de derechos y deberes de padre y madre y, el debido respeto entre quienes integran la familia; recalca “el deber de los padres de sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad.” (ibid.). Este presupuesto, además de los contemplados en el Código Civil relacionado con Decreto 2820 de 1974 que establece igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres, fundamentan lo que la Corte Constitucional denomina la progenitura responsable; síntesis de la obligación común de padre y madre del cuidado personal, la crianza y la educación de sus hijos. (pág. 37).

Es clara la sentencia en afirmar que:

“los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que ambos padres ejerzan su custodia para el desarrollo armónico e integral, a la vez que la responsabilidad parental les fija a éstos el deber conjunto de cuidado, amor y protección de los hijos que inicia desde la primera infancia y culmina cuando llegan a la edad adulta. Y ello es así en tanto el cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales de los niños al cuidado y al amor, al igual que propende por generarles una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental. Nada mejor que los hijos menores o impedidos crezcan en el seno familiar rodeados de un ambiente de felicidad, amor, comprensión y seguridad que les brinde sólidas bases para el desarrollo armonioso de su personalidad.” (Sentencia 384 de 2018)

Tabla 2. Cuadro sinóptico de las sentencias relevantes analizadas que establecen los criterios prevaletentes

Sentencias	Sujeto/objeto de la protección	Regla Utilizada	Procedimiento establecido
<b>T 510 de 2003 Corte Costnal</b>	Niños, niñas y adolescentes sujetos de Derechos, especial de protección	<p>Relaciona el Interés superior del menor de naturaleza real y relacional con los derechos de los padres.</p> <p>Regla General: asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad.</p>	<p>-Garantía del desarrollo integral del menor.</p> <p>- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los Derechos fundamentales del menor.</p> <p>- Protección del menor frente a riesgos prohibidos.</p> <p>- Equilibrio con los derechos de los padres.</p> <p>- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del Menor.</p> <p>- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención Del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.</p>
<b>T 557 de 2011 Corte Costnal</b>	Niños, niñas y adolescentes. Derechos, protección, asistencia, custodia, cuidado personal del menor por situación especial de vulnerabilidad	Principios del interés superior de los NNA. Prevalencia de los derechos	<p>Criterio orientador.</p> <p>Principio del interés superior del menor.</p> <p>Participación de los interesados en conflicto en la garantía de los derechos del</p>

			menor – garantía a tener una familia y no ser separado de ella; custodia de los padres.
<b>T 587 de 2017 Corte Costnal</b>	Derecho a la igualdad y la no discriminación por razones de género en el otorgamiento de la custodia y cuidado de los menores.	Igualdad material; medidas afirmativas: - dar un trato igual a quienes se encuentren en la misma situación fáctica.  -Proporcionar un tratamiento diferente a quienes se hallen en condiciones distintas	Reconocimiento de la importancia de los roles que tiene el género masculino en la custodia, crianza y cuidado personal de los menores.
<b>T 384 de 2018 Corte Costnal</b>	Niños, niñas, adolescentes. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Patria potestad. Conflicto de derechos de los niños y de los padres, Custodia compartida.	Relaciona el Interés superior del menor de naturaleza real y relacional con los derechos de los padres.  Regla General: asegurar el desarrollo armónico, integral,  Normal.	El interés superior del niño como regla de procedimiento, en relación con la responsabilidad parental compartida; cualquier decisión debe velar porque este principio rija en todas las situaciones.
<b>STC12085 – 2018 CSJ</b>	Niños, niñas, adolescentes. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Patria potestad. Conflicto de derechos de los niños y de los padres. Custodia y Responsabilidad parental solidaria y compartida	Revisión del caso con base en los criterios establecidos en la Sentencia T510 fr 2003 de la Corte Costnal.	Revisión de decisión judicial mediante acción de tutela. Análisis de caso con base en la Sentencia T510 de 2003.

Fuente propia. Cuadro realizado por los autores con base en la jurisprudencia revisada.

## CAPÍTULO 4

### CONCLUSIONES

#### **4. Criterios prevalecientes en el otorgamiento de la custodia de los menores**

El presente trabajo de investigación nos condujo a concluir que cualquier decisión judicial que verse sobre la custodia, cuidado personal y crianza de los niños(as) y adolescentes debe tener en cuenta en el interés superior del niño, como criterio dominante que debe ser conjugado con otros. Todas las sentencias examinadas toman como referencia primordial este juicio. Si bien analizan los casos concretos a la luz de los derechos-principios que configuran otros razonamientos que relacionan supuestos normativos superiores, como el derecho a la igualdad, el derecho a la familia, los derechos y deberes de los padres con relación a los niños(as), siempre el criterio ordenador lo constituye el del interés superior del menor. Es claro entonces, que en todo proceso donde interviene un niño (a) o adolescente como sujeto de derecho, el principio del interés superior de estos debe ser entendido como eje fundamental de toda decisión judicial ya que hace parte del sistema de protección de los derechos de los niños(as) soportado en las Convenciones de Ginebra de la Sociedad de Naciones 1924 y la Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que figura como el tratado más firmado por los Estados y en tal sentido más legitimado 1989. (López-Contreras Rony Eulalio, 2015, p. 53).

#### **4.1. Prevalencia del Interés superior del niño(a)**

La Sentencia T-510/03 de la Corte Constitucional establece unos criterios para determinar el interés superior del niño(a). Parte de considerar que al menor debe dársele un trato preferente en tanto sujeto de protección especial y, en tal sentido hay que prestar mucha atención al conjunto de circunstancias fácticas y jurídicas a atender por la familia, la sociedad y el Estado; obviamente sin desconocer los derechos e intereses de los padres y las personas vinculadas a aquel.

Así, en síntesis la definición de elementos a tener en cuenta en la determinación del interés superior del niño, la Corte subraya los siguientes elementos: a) El desarrollo integral del menor; b) Garantía de los derechos del menor y protección de estos derechos frente a riesgos prohibido; c) Equilibrio entre de los derechos del menor y los derechos de los padres; d) Provisión de un ambiente familiar idóneo y e) Razones que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno-materno filiales.

Respecto de la garantía del desarrollo integral del niño no sobra anotar el énfasis que la jurisprudencia hace en la triada Familia- Sociedad y Estado como fundamento para la realización de este criterio. Es decir, la familia como derecho de los niños y niñas tiene un desarrollo importante en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es ilustrativa al respecto la tesis doctoral sobre El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional, pp.175-185 (Riaño González, V. L. (2019); pero igualmente la familia como derecho núcleo fundamental de la sociedad es protección, seguridad y salvaguarda de los niños (as); es el espacio primigenio de crianza y educación que brinda el afecto, cariño, amor, orientación, asistencia y estimulan capacidades, disposiciones, personalidad, criterio en los menores para hacer parte de la comunidad; socializa el lenguaje, usos, hábitos, creencias y costumbres que integran la cultura y aportan a la formación del carácter y la identidad; e igualmente la realización de unas condiciones materiales de existencia que manifiestan las



limitaciones de cada niño en su caso particular; En este concepto de familia, la Corte Constitucional admite un criterio más amplio incluyendo no solo las familias heterosexualmente compuestas, sino aceptando aquellas formadas en correspondencia con la orientación sexual de quienes la componen; en ella resalta su importancia para el cumplimiento del derecho a la dignidad humana y la considera viable, en tal sentido, para ser una opción de garantía al derecho a tener una familia que tienen los menores. La sociedad provee los ecosistemas apropiados para la realización de la dignidad humana; son el complejo de relaciones sociales, económicas, políticas, culturales y que configuran el entorno de articulación del niño(a) y el Estado que crea las condiciones necesarias para el desarrollo pleno de los derechos como ciudadano partícipe de la gestión social; protege y asiste a la familia y a la sociedad para la materialización de los derechos del menor. (Sentencia SU-214 de 2016)

En cuanto a la garantía y protección de los derechos del menor concluimos que resalta el fundamento constitucional, establecido en el artículo 44 de la C.P. de C:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (Artículo 44 de la C.P. de C, 1991).

Complementa la norma de normas respecto de los adolescentes artículo 45: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”. (p. 19)

Es relevante, igualmente, la trascendencia de la ley 1098 del 2006, que reconoce a los NNA como sujetos de derecho. La finalidad del Código del Menor enfatiza en la “importancia de los entornos familiares y comunitarios protectores y fraternos en los cuales, la felicidad, el amor y la comprensión, sean características de reconocimiento de la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna; y el goce, garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los NNA” (Cely Delfina del pilar, 2015, p. 46).

Sin embargo, también observamos que, en Colombia, por su situación política y social, los niños, niñas y adolescentes tienen mucho riesgo de vulneración de sus derechos por su condición menor, tales como la explotación laboral o económica, sexual y el reclutamiento por los grupos armados ilegales, urbanos y rurales. Estos riesgos tienden a ser agudizados cuando las relaciones familiares son frágiles o amenazadas por separaciones de los padres, un tejido comunitario debilitado por la presencia y acción vilenta de grupos al margen de la

ley, y escenarios de escolaridad trascendidos por factores de violencia. En este aspecto son las políticas públicas las que más relevancia tienen; su suficiencia, universalidad y eficacia deben ser la expresión de la garantía y protección de los derechos de los niños(as) y adolescentes.

Respecto a los criterios de género las decisiones judiciales no pueden ser soportadas en consideración a la asignación de roles absolutos tradicionales en la crianza de los niños (as), pues no es posible afirmar que “solo solo las mujeres adultas son aptas para guardar y cuidar a las niñas, mientras los hombres, tienen vedada la custodia exclusivamente por su condición natural masculina.” (Corte Constitucional, sentencia T 510 de 2003, pág.56). Este argumento, señala la corte, desconoce la igualdad de trato y las autoridades públicas no pueden reproducir estos estereotipos.

La perspectiva de género esta referida a los modos como las sociedades y culturas construyen lo masculino y lo femenino; en tal sentido es una construcción social que trasciende el reconocimiento de las diferencias sexuales entre hombre y mujeres. En consecuencia, “el reconocimiento de las diferencias sociales, culturales afectivas y familiares deben ser tenidas en cuenta al momento de proteger los derechos de los NNA” (Estrada Jaramillo Lina Marcela et, al, 2011, p. 320).

El enfoque de género es un criterio importante que la Corte usa para la protección y garantía de los derechos de las mujeres, cuando son víctimas de violencia o discriminación por ser mujer, o son puestas en condición de vulnerabilidad. Visibiliza las diferencias de género y están constituidas por conceptos, procedimientos y metodologías las situaciones y realidades que afectan los derechos de las mujeres.

Por último, las decisiones de la Corte Constitucional que pondera los criterios a tener en cuenta en la asignación de la custodia, cuidado personal, crianza y educación de los menores reconoce una actualización en las dinámicas familiares y de pareja, que, si bien reproducen el patriarcado, presentan cambios importantes en los roles de convivencia y crianza, en la que hay una mayor participación de los hombre en las tareas del hogar y la crianza de los hijos menores.

“Es necesario entender y asumir dentro de una sociedad igualitaria y moderna, que la división del trabajo y los roles de crianza de los hijos no pueden mantenerse bajo las prácticas derivadas de un modelo patriarcal, sino que deben resultar conformes a la evolución y a los patrones culturales de una sociedad actual, más igualitaria, pues la economía del cuidado es responsabilidad de todas las personas. Esto es así, en un Estado Social de Derecho fundado en los principios de igualdad, dignidad, pluralismo y libertad, reconocidos por la Constitución como ejes axiales.” (Sentencia T-587 de 2017).

Por último, hay que resaltar como hallazgo importante, que cualquier decisión judicial respecto a la custodia, cuidado personal, crianza y educación de los NNA, en situaciones de divorcio o separación de sus padres debe estar orientado a la realización del interés superior del niño(a). Las perspectivas de género o diferencial al ser el centro de una controversia sobre custodia son tenidas en cuenta como modos de garantizar la realización de los derechos de los menores.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, R.M. Hintelholher (2013). Identidad y diferenciación entre método y metodología. *Estudios Políticos*, 9(28), 81-104.
- Aguirre Dávila, E, Durán Strauch, E y Torrado, M. (2000). *Socialización: prácticas de crianza y cuidado de la salud*. Universidad Nacional de Colombia.
- Aguirre Dávila, E., Durán Strauch, E., & Torrado, M. C. (2000). Socialización: prácticas de crianza y cuidado de la salud. *Centro de Estudios Sociales (CES)*.
- Adhanom, T. (2018). El cuidado cariñoso y sensible en el centro de iniciativas globales para mejorar la salud y el desarrollo infantil. *Espacio para la Infancia*, 17.
- Aramburu, I., Chato, M., Martín, B., & Pérez-Villar, R. (2006), Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida.
- Arenas, G. V., & Gaviria, J. A. T. (2010). La igualdad y la equidad: dos conceptos clave en la agenda de trabajo de los profesionales de la familia. *CONTENIDO/CONTENTS*, 98.
- Bácares Jara, Camilo (2012). Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño. Lima: Ifejant. Consultado el 25 de noviembre de 2020 en: <https://www.aacademica.org/camilo.bacares.jara/2>
- Barcia, R. (2019). Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (segunda parte). *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52(154), 15-38. Consultado en [R Barcia Lehmann](#) - Boletín mexicano de **derecho comparado**, 2019 - [scielo.org.mx](http://scielo.org.mx)
- Bácares , C. (2012). Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño. Lima: Ifejant.
- Bechara, B. B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 135-165.
- Bruñol, M. C. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño* número, 125.
- Cabrera, J. A., Satizabal, J. L., & Stephania, V. M. (2016). La custodia compartida en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 y el derecho comparado en España. Consultado en [repository.unilibre.edu.co](http://repository.unilibre.edu.co)
- Humanos, C. A. S. D. (2018). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- Castillo Bolaños, J. (2016). *Custodia compartida desde una perspectiva de género y la protección integral* (Master's thesis, Universidad del Norte).
- Castillo, J. & Morales, H. (2013). Los estudios de género a las nuevas masculinidades y/o los movimientos de padres por la custodia compartida de sus hijos e hijas. En *Revista Educación y Humanismo*, 15(24), 107-121. Consultado en [revista.unisimon.edu.co](http://revista.unisimon.edu.co)

- Castillo, E. (2020). La custodia compartida en Colombia: Elementos fundantes de una nueva concepción. Recuperado de E Castillo Yara - 2020 - roderic.uv.es
- Cely, R. D. (2015) Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud Soc.* pp. 42-47
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez preparada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. p.; cm. (OAS. documentos oficiales; OEA/Ser.L) ISBN 978-0-8270-6095-1. Consultado el 22/10/2020 en <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (2011, Noviembre, 24) Sentencia T-884/11. Derechos del niño a tener una familia y a no ser separado de ella-Criterios para determinar la idoneidad del grupo familiar. Defensor de Familia-Facultad para promover conciliación extrajudicial entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente. Referencia: expediente T-2935837. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Constitución Política de Colombia.
- Corte Constitucional (2003). Sentencia T 510. Interés superior del menor.
- Corte Constitucional (2008). Sentencia C-624/08. Derecho a la Igualdad: carácter de valor, principio y derecho fundamental,
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 167 de 2011, 11 de marzo de 2011, Magistrado Ponente, Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional (2011) Sentencia T 557. Prevalencia de los derechos del niño. Interés superior del menor.
- Corte Constitucional (2017) Sentencia T 311. Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.
- Corte Constitucional (2017) Sentencia T 384 de 2018. Custodia y cuidado personal del hijo menor.
- Corte Constitucional (2017) Sentencia T 587. Derecho a la igualdad.
- De Colombia, C. P. (1991). Artículo 44 de la Constitución Política de Colombia. *Publicada en la Gaceta Constitucional diario oficial No, 116.*
- Cuervo Martínez, Ángela (2010). Pautas de crianza y desarrollo socioafectivo en la infancia. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 6 (1), 111-121. [Fecha de Consulta 29 de septiembre de 2020]. ISSN: 1794-9998. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=679/67916261009>
- De Soria, A. B. M. Fundamentos de la responsabilidad de cuidado en la familia. *Educación, libertad y cuidado*, 12.

- Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad*, 2(1).
- Eisenhower, J. (2011). El cuidado personal de la custodia compartida. Fecha de consulta 20 de septiembre de 2020. Disponible en: [repository.icesi.edu.co > biblioteca digital > handle](https://repository.icesi.edu.co/handle/)
- García J.N y Bermúdez, G. M. (2019). Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: una visión desde la masculinidad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Consultado en: GM Bermúdez, JNG DELGADILLO - Revista Latinoamericana de..., 2019 - raa.uaem.mx
- Gutiérrez, M. (2020). *La custodia compartida en la legislación Colombiana, una figura controversial* (Bachelor's thesis, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas). Consultado en [repository.upb.edu.co](https://repository.upb.edu.co)
- Higuaita, J. H., & Correa Ospina, D. A. (2016). Custodia compartida. (Tesis de pregrado Facultad de Derecho). Consultado el 22 de octubre de 2020 en [repository.unaula.edu.co](https://repository.unaula.edu.co)
- Infante, A., & Martínez, J. F. (2016). Concepciones sobre la crianza: el pensamiento de madres y padres de familia. *Liberabit, Revista Peruana de Psicología* 22(1), 31-41.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017, diciembre 12). Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia. Consultado el 13 de enero de 2021 en <https://www.icbf.gov.co/tratados-y-convenios-internacionales-en-materia-de-ninez-y-de-familia>
- Jaramillo, L. M. E., Guerra, L. C., & Castaño, D. E. Z. (2011). Protección judicial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia. Estudio de caso: la perspectiva de género en la custodia y cuidado personal. *Estudios de Derecho*, 68(151), 317-336. Consultado el 12 de noviembre de 2020 en: LME Jaramillo, LC Guerra... - Estudios de Derecho, 2011 - revistas.udea.edu.co
- López, R. E. (2015). Interés superior de niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1), pp. 51-70.
- Lucumí-García, E. S. (2021). Desigualdad de género en procesos de custodia en Colombia.
- Mendizábal, G. M., & Delgadillo, J. N. G. (2019). Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: una visión desde la masculinidad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Consultado en Revista Latinoamericana de Derecho Social 2019 - raa.uaem.mx
- Mercado, M. M. (2018). *La guarda y custodia compartida* (Tesis de Maestría, Universidad Eafit). Consultado en [repository.eafit.edu.co](https://repository.eafit.edu.co)
- Moraga García, M. A. (2014). Igualdad y custodia compartida. In *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla* (pp. 477-491). Cortes Valencianas. Consultado en [rua.ua.es](https://rua.ua.es)
- ONU – DUDH (2015). Declaración universal de los derechos humanos. Consultado el 30 de octubre de 2020 en [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)

- ONU, Comité de Derechos de los niños, Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006). Observación General No. 7
- Rangel Guerra, S. M. (2019) La Custodia Compartida en Colombia. Consultado el 15 de febrero de 2021 en SM Rangel Guerra - repository.usta.edu.co
- Riaño González, V. L. (2019). El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación constitucional. Consultado en VL Riaño González - 2019 - repository.unilibre.edu.co
- Triana Pupo, C. I. (2017). El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella: una revisión jurídica desde la perspectiva nacional y el derecho internacional. Consultado el 20 de enero de 2021 en: CI Triana Pupo - 2017 - repository.ucatolica.edu.co
- Uprimny, R. (2006). Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Recuperado de [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_46.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf)
- Unicef. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño. Consultado el 13 de enero de 2021 en: Unicef - 2006 - repositorio.mides.gub.uy y en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

### **Cibergrafía revisada.**

- <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/10094/9297>
- <https://www.semana.com/nacion/articulo/maltrato-intantil-abuso-sexual-ninos-en-Colombia/566977>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-207-17.htm>
- <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/silencio-administrativo-positivo-en-las-licencias-de-construccion-2101250>
- <https://www.probono.org.co/pdf/ProBonodelaAalaZ/Custodia&CuidadoPersonaldeMenores.pdf>
- [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372009000300005&lng=en&nrm=iso&tlng=en#4](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000300005&lng=en&nrm=iso&tlng=en#4)
- [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2393-61932018000200117&lang=es](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932018000200117&lang=es)