



ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

LA EFICACIA DEL DELITO DE EJERCICIO ARBITRARIO EN LA CUSTODIA DE HIJO MENOR EN LA PROTECCIÓN AL BIEN JURÍDICO FAMILIA

Autor(es)

Diana Marcela García Tobar

Gabriel Fernando García Morales

Jhoan Esteban Góez Echeverry

Tesis de maestría presentado para optar por el título de Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Asesor

Luis Eduardo Agudelo

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito

Medellín, Antioquia, Colombia

2024

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Mónica Cecilia Montoya Escobar
Decana (e) de Escuela de Posgrados

Cesar Alejandro Osorio
Coordinador de Maestría en Derecho
Procesal Penal y Teoría del Delito

El trabajo de grado fue sustentado el 03 de abril de 2024 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 05 de 2024.

LA EFICACIA DEL DELITO DE EJERCICIO ARBITRARIO EN LA CUSTODIA DE HIJO MENOR EN LA PROTECCIÓN AL BIEN JURÍDICO FAMILIA

Jhoan esteban Góez Echeverry¹

Diana Marcela García Tobar²

Gabriel Fernando García Morales³

Resumen

A la luz del contenido del artículo 230-A de la Ley 599 de 2000, se presenta en este artículo una caracterización del tipo penal. Serán analizados aspectos como la cualificación del sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico, objeto material, elementos subjetivos y causales de no responsabilidad. En segunda instancia, serán exploradas alternativas contempladas en la normativa administrativa para el restablecimiento de derechos de los menores ante presuntos casos de abuso en la guarda y custodia por parte de uno de los progenitores. Se procederá con un análisis de datos correspondientes a acciones penales y administrativas, que respaldarán las conclusiones sobre la eficacia de las denuncias frente a entes de la misma caracterización, considerando que el propósito central es la protección de la familia como bien jurídico. El análisis de los datos será prueba de la inoperancia de un tipo penal, pues son mínimas las noticias que culminan en sentencias, lo que demuestra que no es un medio efectivo para la prevención de los delitos contra la familia, ni protege efectivamente el bien tutelado.

Palabras clave: familia, bloque constitucional, ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, derecho penal, bien jurídico.

¹ Abogado del Politécnico Gran Colombiano Sede Medellín, Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana, candidato a Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Actualmente litigante independiente. Correo: goez19@gmail.com. Tutor: Dr. Luis Eduardo Agudelo

² Abogada de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana, candidata a Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Actualmente litigante independiente. Correo: dmarcelagarciam@gmail.com. Tutor: Dr. Luis Eduardo Agudelo

³ Abogado de la Universidad Surcolombiana, Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana, candidato a Magister en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Actualmente litigante independiente. Correo: toligar86@gmail.com. Tutor: Dr. Luis Eduardo Agudelo

Abstract

In the light of the article 230-A of Law 599 of 2000, a characterization of the criminal type is presented in this article. Aspects such as the qualification of the active subject, passive subject, legal object, material object, subjective elements and grounds for non-responsibility will be analyzed. Secondly, the alternatives contemplated in the administrative regulations for the reestablishment of the rights of minors will be explored in presumed cases of abuse of custody and guardianship by one of the progenitors. An analysis of data corresponding to criminal and administrative actions will be made, supporting the conclusions on the effectiveness of the complaints against entities of the same characterization, considering that the central purpose is the protection of the family as a legal asset. The analysis of the data will prove the ineffectiveness of a criminal type, since there are very few reports that culminate in sentences, showing that it is not an effective tool for the prevention of crimes against the family, nor does it effectively defend the protected good.

Keywords: family, constitutional block, arbitrary exercise of custody of minor child, criminal law, legal asset.

Introducción

El artículo 230-A del Código Penal establece el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad en un texto que dispone lo siguiente:

El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quien ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Cód. P., art. 230-A, 2000).

Este tipo delictivo se configura cuando uno de los progenitores, investido con la custodia del menor, abusa de su posición de poder de manera arbitraria, vulnerando su bienestar y derechos, así como los del padre afectado. Estas conductas se manifiestan de diversas maneras que incluyen, pero no se limitan a, el impedimento injustificado del contacto del otro progenitor con el niño, cambios sustanciales en la vida del menor sin considerar su bienestar o el uso del niño, niña o adolescente (en adelante también NNA) como instrumento de manipulación o chantaje emocional; estas acciones ejercen un impacto negativo en su desarrollo emocional, psicológico y social.

Al tratarse de un delito que afecta el bien jurídico *familia*, es necesario explorar soluciones alternativas de protección antes de recurrir al derecho penal, que incluyen la mediación, la conciliación y el procedimiento administrativo de Restablecimiento de Derechos, consagrado en la Ley 1098 del 2006 (L. 1098, 2006), así como cualquier otra vía que propicie la resolución de conflictos y permita a los progenitores alcanzar acuerdos consensuados para velar por el interés superior del niño y fomentar su bienestar; es importante anotar que la protección del derecho de custodia de un menor no debería recaer en el sistema penal pues incurre en sanciones que afectan el núcleo familiar; sin embargo, si luego de estos intentos de resolución persiste el ejercicio arbitrario de la custodia se interviene desde el mismo de manera excepcional.

El principio penal de mínima intervención se ha interpretado como un límite al ejercicio sancionador a cargo del Estado (Rodríguez, 2013) que debe reservarse al sujeto activo solo cuando las herramientas procesales administrativas resultan

insuficientes para resguardar el bien jurídico en cuestión, en este caso, la familia, así como el sujeto pasivo de dicha acción. No obstante, en casos de inasistencia alimentaria y ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, la sanción penal se ha convertido en opción de importancia para las partes. Ahora bien, cuando el bien jurídico protegido es la familia, bajo consideración de los principios que la conforman y salvaguardan, el derecho penal no debería ser la primera opción para sancionar el incumplimiento de las partes, pues podría acarrear un perjuicio significativo a los sujetos involucrados, llegando a constituir una doble sanción para el autor del delito, al enfrentar tanto una pena privativa de libertad como la restricción de acceso a vínculos con su familia.

Según el informe estadístico de denuncias por delitos, de la Fiscalía General de la Nación, en el año 2018 se presentaron un total de 5,865 denuncias por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad (H. M. Rengifo Marín, comunicación personal, 8 de agosto de 2023), una cifra elevada de casos que son llevados ante la jurisdicción penal. Dado el reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad (Const. P., art. 5, 1991), resulta ilegítimo recurrir a la aplicación de una sanción como primera medida, sin explorar otros mecanismos judiciales que permitan remediar la lesión causada por el sujeto activo, sin necesidad de afectar su libertad; tal es el caso de jurisdicción de familia o administrativa (comisarías, jueces de familia e ICBF).

El propósito del tipo penal es la protección de la familia como bien jurídico, con atención especial a los hijos menores según la función que confiere la legislación; esto contrasta con la sanción contemplada en la norma que impone una pena privativa, vulnerando además los intereses jurídicos del menor. En otras palabras, el menor se vería afectado no solo por la constitución del delito sino también de la sanción penal. La resolución de este tipo de casos puede encontrarse en otras alternativas, liberando la sobrecarga del sistema penal y considerando el interés superior del menor afectado (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2002).

Capítulo I

Bloque de Constitucionalidad

Es necesario señalar el aspecto teórico y la aplicación práctica de este concepto; esta aproximación implica reconocer obstáculos y posibles inconvenientes asociados al mismo y su relación con la protección de la familia y la supremacía del interés del menor.

Concepto de Bloque de Constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad apunta a la existencia de normativas constitucionales que no están incorporadas en el texto oficial de la constitución (Olaya, 2004). Ejemplos de esto pueden encontrarse en países como Estados Unidos o Francia donde existen derechos de rango constitucional al aborto, la sindicalización y la huelga, que no se encuentran incorporados de forma expresa en los textos constitucionales. Aunque esto podría implicar una contradicción, es necesario señalar que las constituciones no son sistemas completamente cerrados y que, implícita o explícitamente, pueden hacer referencia a reglas y principios que poseen importancia en la práctica constitucional. En muchos sistemas legales existen derechos o principios que no están presentes en el texto constitucional; sin embargo, debido a una disposición directa de la Constitución, poseen estatus constitucional. El bloque de constitucionalidad busca establecer una estructura jurídica para este fenómeno en el cual, normas con fuerza constitucional, son más numerosas que las que son formalmente constitucionales (Uprimny, 2014).

Así, el bloque de constitucionalidad es perfectamente compatible con la noción de una Constitución escrita y con su suprema autoridad, pues comparten la misma fuerza normativa.

Problemáticas y Aspectos Positivos del Boque de Constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad es de gran relevancia en los ordenamientos que cuentan con algún tipo de sistema de justicia constitucional, amplía aspectos sujetos a discusión en el ámbito constitucional tanto en procedimientos de revisión abstracta

como en instancias de tutela y protección de derechos. Además, implica que las normativas a considerar para la resolución de disputas judiciales no están limitadas a artículos constitucionales, pues otras disposiciones y principios pueden tener igual importancia en la resolución de estos asuntos. El bloque de constitucionalidad no es solo un pilar de criterio interpretativo y aplicativo, sino un componente esencial para la comprensión e implementación del derecho constitucional que enriquece la discusión jurídica y ofrece una perspectiva más amplia en la resolución de conflictos judiciales; la constitución y su alcance es, entonces, adaptable y sensible a cambios de carácter histórico y nuevas dinámicas sociales y políticas, dotando de vitalidad la carta magna (Nogueira, 2000; Uprimny, 2005). En este sentido, litigantes y público en general pueden emplear normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad para presentar argumentos en el reconocimiento de nuevos derechos.

En términos de seguridad jurídica existen algunos riesgos asociados al concepto en cuestión debido a que no siempre resulta evidente cuáles normas deben ser referencia en debates constitucionales complejos. Por ejemplo, un juez podría fundamentarse en una cláusula abierta sobre derechos no especificados para invocar un derecho que no esté presente en el texto constitucional que él considere inherente a la dignidad humana o a la libertad de las personas; esto podría invalidar regulaciones que para la mayoría de la sociedad son, no solo legítimas, sino también cruciales (Uprimny, 2005). Incluso referencias aparentemente más precisas en un texto constitucional pueden volverse problemáticas si se interpretan como aperturas hacia principios y valores que podrían formar parte de un eventual bloque de constitucionalidad (Gutiérrez y Valle, 2022; Uprimny, 2005). Algunos intérpretes podrían considerar discursos, doctrinas y proclamas como parte del bloque de constitucionalidad, lo cual podría generar inseguridad jurídica y decisiones judiciales arbitrarias, dando lugar a un debate constitucional inmanejable.

En consecuencia, el bloque de constitucionalidad presenta potencialidades y riesgos. Un análisis del derecho comparado podría proporcionar una comprensión más profunda de cómo esta noción se ha desarrollado en otros países y cómo esos sistemas legales han abordado los desafíos planteados por esta categoría.

El Bloque de Constitucionalidad y los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

La relación intrínseca entre el bloque de constitucionalidad y los derechos de los niños en el ámbito jurídico es evidente y cobra especial importancia en lo que respecta a los derechos de los niños, dado que, en numerosas ocasiones estos son reconocidos y promulgados en tratados internacionales y legislaciones específicas, más allá de la mención explícita en el texto constitucional; en consecuencia, jueces y litigantes deben asirse a las disposiciones aplicables en casos concretos. Los tratados internacionales de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, suelen contener disposiciones consideradas como normas incorporadas al bloque de constitucionalidad, otorgando así a los derechos de los niños una protección jurídica más sólida y amplia (Marín, 2011; Olaya, 2004). Esto es particularmente notable en situaciones en las que los derechos de los niños están en riesgo y necesitan una protección efectiva. Los tribunales pueden basar sus decisiones en normas internacionales y principios que están reconocidos en el bloque de constitucionalidad, asegurando así la promoción y salvaguarda de los intereses de NNA (CC, T-1008, 2004) fortaleciendo su posición legal y proporcionando herramientas para la garantía de su cumplimiento.

Familia

De acuerdo con la definición proporcionada por la Constitución Política, "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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 conformarla" (Const. P., art. 42, 1991). Esta conceptualización resalta la importancia primordial de la familia como pilar fundamental en la estructura social. Esta disposición constitucional no solo establece un marco legal para la familia, sino que también enfatiza la libertad y responsabilidad individual en la toma de decisiones familiares. En este contexto, la protección y promoción de la familia se convierten en aspectos cruciales para el bienestar de la sociedad en su conjunto (Corral, 2005; Quiroz, 2011).

Concepción Sociológica de la Familia

Es importante señalar que la familia, como institución jurídica, presenta diversas definiciones. Inicialmente, la familia estaba fundamentada en vínculos sanguíneos; sin embargo, debido al progreso social, se ha producido una reconfiguración del concepto, permitiendo una comprensión más universal del mismo (Mahecha y Dussan, 2020).

Desde la perspectiva de la antropología cultural, la esencia de la familia implica un espacio de vivienda como escenario para la realización de actividades consideradas universales (Harris, 1989) que resaltan la función fundamental de la familia y sustentan la vida en sociedad.

Ahora bien, conceptualmente existen diversos tipos de familia; la familia nuclear compuesta por una pareja con o sin hijos, está caracterizada por desempeñar funciones vitales que otros grupos no pueden llevar a cabo con la misma eficacia. Este hogar se forma por una familia nuclear conyugal o por convivencia de hecho, con hijos o sin ellos (Almendros, 2005).

Otro tipo de familia es la extensa o conjunta, compuesta por el hogar uninuclear unido a más de dos generaciones por consanguinidad, incluyendo ascendentes, descendentes y colaterales. Este tipo de familia es común en entornos rurales, barrios marginados y áreas deprimidas, y se distingue por un fuerte sentido de solidaridad y apoyo entre sus miembros; incluye familias de crianza y familias ensambladas. (Almendros, 2005; Álvarez, 2013). Estas últimas surgen del matrimonio o unión de hecho cuando uno de los miembros tiene hijos de relaciones anteriores y son integrados a la nueva dinámica familiar (CC, C-577, 2011).

La familia denominada monoparental está formada por un solo progenitor que se hace cargo de sus hijos, bien sea por fallecimiento, ruptura de relaciones, procreación asistida, largos periodos de ausencia de uno de los padres, etc. (Almendros, 2005; Álvarez, 2013). En el caso de las familias de crianza, surgidas recientemente como parte del reconocimiento de derechos patrimoniales, se forma cuando un menor se separa o es separado de su familia biológica, delegando su cuidado a otra familia, desarrollando un vínculo afectivo importante que, llegado el caso de la separación, implicaría una afectación de su estabilidad psicológica y emocional (CC, C-577, 2011).

Ahora bien, el desarrollo de normativas jurídicas de mano del evolutivo social, ha dado origen a la familia homoparental, conformada por una pareja de personas del mismo sexo (CC, T-349, 2006; CC, C-577, 2011).

En Colombia, la constitución reconoce y protege los distintos tipos de familia, independientemente de su origen, asimismo, se establece el reconocimiento de la familia legítima, la natural y la adoptiva (Const. P., art. 42, 1991). Así, se otorga igualdad de derechos sin que esto implique una identidad absoluta entre ellas, como lo ha reafirmado la Corte Constitucional (CC, C-047, 1994). Esta normativa se extiende a cada uno de sus miembros individuales, y asegura la igualdad de derechos en todo tipo de uniones, mientras que garantizan la protección para los hijos, ya sean legítimos, naturales, adoptivos o concebidos con asistencia científica (CC, C-105, 1994).

Independientemente de su configuración, la familia tiene un papel determinante en la configuración de la estructura social, lo cual suscita el interés del Estado en regularla y protegerla. En consecuencia, el ordenamiento jurídico agrupa normativas destinadas al reconocimiento de derechos y deberes de las familias, así como sanciones para quienes perturben su armonía. En este punto pues, el bloque de constitucionalidad, muestra una relación relevante con la protección de la familia, influyendo en la salvaguarda de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

A continuación, se exponen los puntos clave relativos al bloque de constitucionalidad y su conexión con los derechos de los niños, con una ampliación adicional que aborda la protección de la familia:

Normas Internacionales de Derechos de los Niños. La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, como se ha señalado, constituye un tratado internacional ampliamente aceptado que establece un sólido marco de derechos y obligaciones en relación con los niños (L. 1098, 2006). Este tratado abarca derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la no discriminación, a la participación, y a la protección contra la violencia y la explotación, entre otros. La Convención, junto con otros tratados y legislaciones internacionales, proporciona un marco global para la protección de los derechos de los niños. Su inclusión en el bloque de constitucionalidad confiere a estos derechos un estatus legal sólido y vinculante en

numerosos países, contribuyendo así a la protección de la familia al garantizar los derechos de los niños dentro de su seno (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1989).

Bloque de Constitucionalidad. Reconoce que la constitución puede englobar un conjunto de normas, principios y valores que no necesariamente figuran en su texto escrito. Esto se extiende a tratados internacionales, leyes, jurisprudencia y otros elementos considerados relevantes para el sistema jurídico. Esta consideración es esencial para la protección de los derechos de los niños, ya que muchos de estos derechos están consagrados en tratados internacionales y no siempre se mencionan directamente en las constituciones nacionales (Gutiérrez y Londoño, 2022; Marín, 2010; Uprimny, 2014).

Importancia del Bloque de Constitucionalidad. Adquiere relevancia en sistemas legales con mecanismos de justicia constitucional, al ampliar el espectro de normas y principios que pueden considerarse en decisiones judiciales. Este enfoque no solo garantiza la protección efectiva de los derechos de NNA, sino que también contribuye a salvaguardar la integridad de la familia (Marín, 2010).

Protección de los Derechos de los Niños. Con frecuencia, los derechos de los niños están consagrados en tratados internacionales y en leyes específicas de protección de menores que se consideran parte integral del bloque de constitucionalidad, lo que significa que hay una protección legal sólida, aun cuando no estén mencionados explícitamente en la constitución (L. 1098, 2006; Marín, 2010).

Desarrollo de Jurisprudencia. La inclusión de los derechos de NNA en el bloque de constitucionalidad ha propiciado el desarrollo de jurisprudencia consolidada, convirtiéndose en un pilar del marco jurídico. Tribunales constitucionales y otras instancias judiciales han dictado sentencias que reconocen y resguardan estos derechos con base en tratados internacionales y leyes nacionales específicas (CC, T-1008, 2004; CC, T-1061m 2004; Marín, 2010; Olaya 2004).

Implicaciones Prácticas. La conexión entre el bloque de constitucionalidad y los derechos de los niños, asegura la promoción y salvaguarda de los mismos en diversas circunstancias. Además, se manifiesta en diversas áreas legales y casos

específicos, tal es el caso de asuntos de adopción, custodia, maltrato infantil, acceso a la educación y atención médica (Marín, 2010).

El bloque de constitucionalidad desempeña, entonces, un papel crucial en la protección de los derechos de NNA y, de manera indirecta, contribuye a salvaguardar la familia, a través del reconocimiento de tratados internacionales y leyes específicas como parte integral de la Constitución, esto fortalece su posición legal y su salvaguarda efectiva en el ámbito jurídico nacional e internacional.

Delitos Contra la Familia

Con la promulgación del Código Penal Colombiano (Cód. P. 1936), se reconoció a la familia como un bien jurídico sujeto a protección, estableciendo tipos delictivos como: rapto, incesto, bigamia, matrimonios ilegales, entre otros. Con la Ley 75 de 1968 (L. 75, 1968) se añadieron a este marco la inasistencia moral o alimentaria y la malversación de bienes familiares. El nuevo Código Penal (2000) destaca por la exclusión de los tipos penales de bigamia y matrimonio ilegal, pues en el contexto social actual son conductas que no implican afectaciones o riesgos para el bien jurídico familiar, merecedoras de sanciones de carácter penal (CC, C-659, 1997; CC, C-895, 2005). De acuerdo con el legislador, estas conductas citadas lesionan la institución familiar y comprometen la estabilidad de la misma. El uso del derecho penal es de restricción exclusiva a la protección de bienes jurídicos en un Estado Social y Democrático de Derecho; este propósito solo se considera legítimo cuando se alcanza en los límites establecidos por los principios fundamentales con el mínimo sacrificio de la libertad. Desde esta premisa, la familia es considerada un bien que merece protección integral que, solo en caso de conductas dolosas, será llevada a cabo con intervenciones de carácter penal, una vez demostrada la ineficacia de otras medidas de protección establecidas por el sistema jurídico (Arcila, 2014; Arenas, 2000; CC, C-368, 2014). Siendo así, la tutela penal es la menos eficaz para prevenir o controlar conductas que afecten bienes jurídicos, caso actual de la familia. Esto, porque una vez activado el sistema penal ya el daño se ha ocasionado y no hay función preventiva debido a procesos de impunidad (Arenas, 2000).

De acuerdo con la Constitución Política de 1991 es deber del Estado reconocer “sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” y amparar “a la familia como institución básica de la sociedad”, asimismo declara que la familia es una institución de respeto; para esto, el legislador tiene la facultad de definir como delito cada manifestación de violencia que afecte la integridad o cohesión familiar y de aplicar sanciones penales en caso requerido. Esto tiene aplicabilidad, de acuerdo a la Ley 294 (1996) a familias no nucleares, extensas y otras formas actuales (Const. P., art. 5, 1991; Const. P., art.42, 1991; L. 1142, 2007; Ortiz Villalba et al., 2016).

A pesar de afirmar la protección a la familia como bien jurídico, no hay detalles sobre los objetos de protección particulares, tal es el caso del delito de ejercicio arbitrario de la custodia de un hijo menor u otros delitos establecidos de manera taxativa por el Código Penal.

Sentencias Relacionadas con el Bien Jurídico Familia

En la Sentencia T-447 de 1994, la Corte Constitucional expresó:

La familia es una comunidad de intereses, fundada en el amor, el respeto y la solidaridad. Su forma propia, pues, es la *unidad*; unidad de vida o de destino -o de vida y de destino, según el caso- que liga íntimamente a los individuos que la componen. Atentar contra la unidad equivale a vulnerar la propiedad esencial de la familia. Siempre la familia supone un *vínculo unitivo*. (CC, T-447, 1994, num. 2.2)

En la Sentencia C-652 de 1997, la misma afirmó:

La institución de la familia merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar. De ahí que corresponda a las autoridades intervenir en las relaciones familiares, no con el fin de fijar criterios de comportamiento, lo cual pertenece a la órbita del derecho a la intimidad, sino para propiciar la armonía y la paz familiar, impidiendo cualquier amenaza o violación a los

derechos fundamentales de sus integrantes (CC, C-652, 1997, num. 4.1, párr. 5)

La unidad familiar es concebida, entonces, según la ley y sus interpretaciones, como “el equilibrio entre la libertad de los cónyuges” y sus necesidades, en pro del beneficio individual. Esto implica la valoración de la libertad aun cuando de la separación se tratase, frente a la inexistencia del consentimiento inicial. Asimismo, se reconoce que la privatización de la libertad no debe perjudicar a la sociedad civil, los miembros más vulnerables o la estabilidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad (CC, T-523, 1992).

Marco Legal y Constitucional de los Derechos de los Menores

Los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución Política de Colombia. En la Constitución Política de Colombia, se otorga reconocimiento y protección especial a los derechos de los niños, niñas y adolescentes dada su relevancia en el desarrollo y bienestar de la sociedad. Estos derechos ocupan una posición fundamental en el marco constitucional y son retratados en la Carta Magna (Const. P., art.44); a continuación, se destacan los aspectos clave relacionados con ello:

1. Principio del interés superior del niño: la Constitución establece que los derechos de los niños prevalecen sobre otros y deben considerarse con prioridad en todas las decisiones y acciones que los afecten;
2. Derechos fundamentales: la Constitución garantiza a los niños, niñas y adolescentes el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, integridad personal, igualdad, educación y salud;
3. Derecho a la identidad: tienen el derecho a una identidad y a ser registrados oficialmente al nacer. La Constitución reconoce el derecho a la nacionalidad, filiación y a conocer y ser cuidados por sus padres;
4. Derecho a la educación: es responsabilidad del Estado garantizar el acceso a una educación de calidad y fomentar su pleno ejercicio;

5. Prohibición del trabajo infantil: se prohíbe el trabajo infantil antes de la edad mínima establecida y se asegura la protección de los derechos de los niños trabajadores;
6. Derecho a la salud: es derecho de los niños la protección de su salud y la prestación de servicios médicos. La Constitución establece que los servicios de salud deben priorizar a los niños y a las personas en situación de discapacidad;
7. Derecho a la participación: se reconoce el derecho de los niños y adolescentes a participar en asuntos que les conciernen y a expresar sus opiniones en procesos que afecten sus vidas;
8. Protección contra la violencia y el maltrato: se prohíbe la violencia y el maltrato contra NNA y se establecen medidas de protección y atención en caso de vulneración de sus derechos;
9. Derechos de los niños en situación de discapacidad: se garantiza la igualdad de oportunidades para los niños con discapacidad y se establecen medidas de inclusión y atención especializada;
10. Derechos de los niños en conflicto armado: La Constitución protege a los niños y adolescentes contra el reclutamiento y la participación en el conflicto armado, así como contra su utilización en actividades ilícitas.

Estos derechos, considerados fundamentales, son responsabilidad tanto del Estado como de la sociedad en su conjunto y establecen principios, como el interés superior del niño, fomentando además su desarrollo integral y participación activa en la sociedad.

Los Mecanismos de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Se han establecido para garantizar el bienestar, desarrollo y seguridad de NNA; buscan asegurar el respeto y promoción de los derechos de esta población, con categoría vulnerable. Algunos mecanismos clave se describen a continuación:

- Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF): coordinador principal de políticas y acciones para garantizar el bienestar y prevenir situaciones de vulneración de derechos (L. 1098, 2006; Dec. 1137, 1999; Dec. 936, 2013).
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF): entidad ejecutora del SNBF, encargada de programas para la promoción y restitución de derechos, especialmente para víctimas de maltrato, abandono y explotación (L. 1098, 2006).
- Defensoría de Familia: Figura legal que vela por los derechos de niños, niñas y adolescentes en situaciones de riesgo, interviniendo en casos de abuso, maltrato o abandono (Res. 652, 2011).
- Comisarías de Familia: entidades locales que previenen y atienden vulneraciones de derechos en el ámbito familiar, tomando medidas para proteger a niños y adolescentes (Res. 652, 2011; Res. 1526, 2016).
- Juzgados de Familia: autoridad judicial para decisiones en casos de vulneración de derechos, como adopciones, restitución de derechos y medidas de protección (Res. 1526, 2016; Res. 7547, 2016).
- Línea 141: línea telefónica gratuita para denunciar maltrato, abuso, explotación y violencia contra niños y adolescentes (ICBF, s.f.).
- Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA): procedimientos especiales para la atención y responsabilidad de adolescentes en conflicto con la ley, priorizando su reintegración social y rehabilitación (L. 1098, 2006; Dec. 1885, 2015).
- Participación y Consejos de Participación de Niños, Niñas y Adolescentes: consejos que permiten a niños y adolescentes expresar sus opiniones y participar en decisiones sobre asuntos que les afectan (Convenio 1340, 2013).
- Organizaciones No Gubernamentales (ONGs): facilitan la promoción y vigilancia e la Convención de los Derechos del Niño y trabajan en programas de educación, prevención y promoción de derechos (Theytaz-Bergman, 2006).
- Sistema de Educación: el sistema educativo desempeña un papel clave en la protección de derechos, proporcionando educación de calidad y promoviendo valores de igualdad y respeto (L. 115, 1994).

El Rol del ICBF en la Protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. El SNBF consta de agentes e instancias que articulan y coordinan la protección integral de NNA y velan por el fortalecimiento de la familia en el ámbito local y nacional, de acuerdo con la Ley 7 de 1979, modificado por el Decreto 936 de 2013. El ICBF, creado por la Ley 75 de 1968, es la entidad rectora y tiene la responsabilidad de garantizar el bienestar y el desarrollo integral de esta población vulnerable a través de estatutos aprobados en el Decreto 334 de 1980. A continuación, se detallan sus funciones y roles de acuerdo con el lineamiento técnico del programa de promoción y prevención para la protección integral de NNA (ICBF, 2017):

- **Promoción y Prevención:** el ICBF participa en la promoción de derechos de NNA a través de programas y campañas educativas dirigidas a la sociedad en general, además tiene enfoque preventivo ante situaciones de riesgo.
- **Atención Integral:** la atención integral de NNA implica cuatro premisas, a saber: cada uno sujeto de derechos, relacional y actor protagónico de su vida; el objetivo de la atención es lograr el desarrollo integral de cada uno desde sus particularidades, lo que implica la confluencia de actores garantes; la atención debe brindarse en los entornos, velando que cuenten con condiciones mínimas requeridas que faciliten el desarrollo integral y la satisfacción de los derechos; la atención reconoce la diversidad manifiesta en los NNA y las características que supone (Gobierno de Colombia, 2018).
- **Restitución de Derechos:** el procedimiento administrativo o judicial para la restauración de derechos de NNA vulnerados o amenazados se conoce como Procedo Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) y determina actividades que aseguren el ejercicio efectivo de los derechos del menor. Esto, enmarcado en la Ley 1098 de 2006 y modificado por la Ley 1878 de 2018 (art. 3).
- **Adopciones:** el ICBF es la autoridad Central en materia de adopciones en Colombia (L. 1098, art. 62, 2006) toda vez que al quedar sin familia o ser abandonado por ella, la adopción se considera como medida de restablecimiento de los derechos de NNA, con énfasis en aquellos infantes que cuentan con características y necesidades especiales.

- Centros de Atención y Protección: la entidad cuenta con modalidades de ubicación inicial (hogar de paso y centro de emergencia) de acuerdo con lo establecido en la Ley 1098 de 2006 (Art. 57) y la Ley 1878 que modifica el artículo 52 de la primera, según las cuales se brinda acogida temporal a niños y adolescentes en situación de riesgo, garantizando su seguridad, educación y bienestar.
- Prevención del Trabajo Infantil: el ICBF trabaja para prevenir y proteger a los NNA en riesgo o situación de trabajo infantil desde la promoción de sus derechos, a fin de erradicar este fenómeno que implica daño para la salud física, moral y psicológica.
- Atención a Poblaciones Específicas: El ICBF presta atención especial a poblaciones específicas, como niños en situación de calle, víctimas de abuso sexual, víctimas del conflicto armado y en situación de discapacidad, brindándoles apoyo y servicios adaptados a sus necesidades, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1098 de 2006 y normas concordantes.
- Promoción de la Participación: El ICBF fomenta la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones que afecten sus vidas, promoviendo la conformación de Consejos de Participación de Niños, Niñas y Adolescentes a nivel local y nacional (Convenio 1340, 2013).
- Capacitación y Formación: El ICBF capacita a profesionales de entidades de salud, operadores y cuidadores en temas relacionados con la protección de los derechos de los niños y adolescentes con el objetivo de mejorar la calidad de los servicios y la atención que recibe, asimismo, se capacitan en la ruta de atención que debe activarse una vez se presenten situaciones de vulneración, amenaza o riesgo de los derechos de NNA.

Mediante sus programas, servicios y acciones, la entidad se compromete a asegurar que esta población, de categoría vulnerable, crezca en un entorno seguro, donde sus derechos sean respetados y tengan la oportunidad de desarrollarse plenamente en sociedad.

Capítulo II

Estudio de Resultados

Ante la Fiscalía General de la Nación se presentó como recurso un derecho de petición para definir los datos estadísticos de noticias criminales creadas por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, de acuerdo con el artículo 230-A de la Ley 890 de 2004, para la ciudad de Medellín, en el periodo 2018-2023. Los datos se exponen en los numerales siguientes y se analizan en consecuencia.

Análisis de la Respuesta del Derecho de Petición Interpuesto a la Fiscalía General de la Nación

En la respuesta brindada por la Fiscalía General de la Nación se agrupan los datos en las tablas registradas a continuación:

Tabla 1

Número de denuncias interpuestas en Medellín para 2018-2023 por el delito de ejercicio arbitrario en la custodia de hijo menor.

Total noticias creadas	2018	2019	2020	2021	2022	2023	TOTAL
Ejercicio arbitrario	184	374	284	380	392	202	1816
Total general	184	374	284	380	392	202	1816

Tabla 2

Informe del estado actual de las denuncias

Estado de casos	2018	2019	2020	2021	2022	2023	TOTAL
Activo	10	135	199	287	249	156	1025
Inactivo	174	239	85	93	143	46	791
Total General	184	374	284	380	392	202	1816

Tabla 3

Informe de denuncias interpuestas que fueron archivadas o precluidas

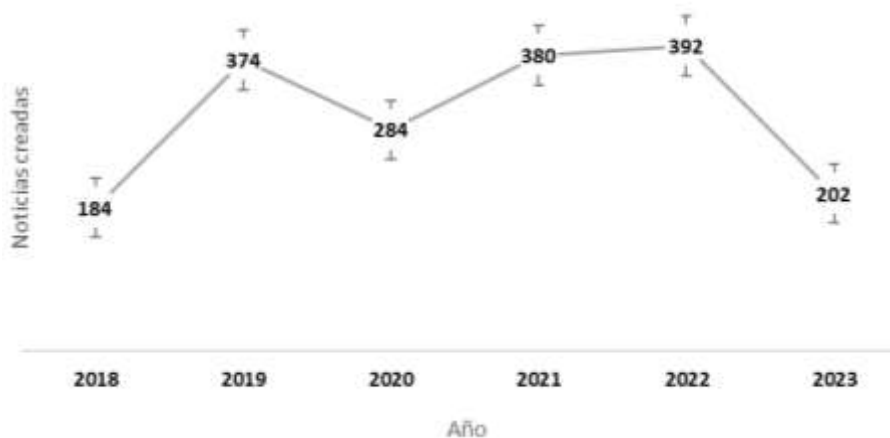
Casos inactivos	2018	2019	2020	2021	2022	2023	TOTAL
Ejercicio arbitrario	174	239	85	93	143	46	780
Por archivo	174	238	85	93	143	46	779
Por preclusión		1					1
Total general	174	239	85	93	143	46	780

Aquí hay algunas observaciones iniciales sobre estos datos que fueron aportados por parte del ente acusador:

A primera vista, el número de denuncias ha experimentado cierta variabilidad, con un aumento general a lo largo del período.

Figura 1

Denuncias por ejercicio arbitrario



Se observa un aumento constante en el número de denuncias activas (en curso o no resueltas) desde 2018 hasta 2022, año en el que alcanza su punto máximo con 249 denuncias activas, lo que podría indicar una mayor carga de trabajo en la resolución de casos; posteriormente hay una disminución alcanzando 156 en el 2023. En general, el número de denuncias inactivas ha sido mayor que las activas, indicando

que una parte considerable ha sido resuelta o cerrada cada año. En 2019 se presentó un aumento de 190 denuncias respecto al año anterior; asimismo, en 2021, se presenta otro aumento, aunque no tan significativo como el anterior, de 96 denuncias.

Entre 2021 y 2022 se presenta una estabilidad de los datos con una tendencia a la baja hasta el 2023, año en el que la disminución no es solo del total de denuncias (220) sino de aquellas abiertas (156), indicando una posible rapidez en la resolución de casos pendientes o un menor número de denuncias presentadas en ese año, lo que podría responder a razones como: cambio en la política de presentación de denuncias, menor actividad delictiva o mayor eficiencia en la resolución.

Con la intención de realizar un análisis más profundo de los datos emitidos por la Fiscalía General de la Nación (FGN), se analizará la tasa de crecimiento anual. Se calcula para cada año con relación al año anterior con el fin de obtener información más precisa del número de denunciar a lo largo del tiempo. La fórmula para este fin corresponde a la siguiente:

$$T.C.A = \frac{(\text{valor final} - \text{valor inicial})}{\text{valor inicial}} \times 100$$

Donde:

- V_i : es el valor inicial y corresponde al número de denuncias totales en el año inicial a considerar, en este caso, 2018.
- V_f : es el número de denuncias totales para el año final a considerar, en este caso, 2023.

Se procede a sustituir los valores en la fórmula y obtener su valor, así:

$$T.C.A = \frac{(202 - 184)}{184} \times 100$$

$$T.C.A = \sim 9.78\%$$

Aplicando esta fórmula se calcula la tasa de crecimiento anual para cada año en comparación con el anterior. Se muestran los resultados a continuación.

Tabla 4

Tasa de crecimiento definida para los años en análisis

Intervalo	2018-2019	2019-2020	2020-2021	2021-2022	2022-2023
Tasa de crecimiento	103.26%	- 24.07%	33.80%	3.16%	- 48.98%

Es importante considerar factores que posiblemente influyeron en las fluctuaciones observadas:

- **Aumento en 2019 y 2021:** Un aumento significativo y específico para estos dos años podría estar relacionado con la pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2. La pandemia tuvo impacto en diversos aspectos de índole social, influyendo sobre delitos que afectan a la familia como bien jurídicamente tutelado. A continuación, se destacan algunos de estos impactos.
 - Aumento en los delitos establecidos en el Título VI de la Ley 599 de 2000 “Delitos contra la familia”: el confinamiento, el estrés económico y la ansiedad, asociados con la pandemia, contribuyeron a la formación de hogares tensos, aumentando conflictos familiares, violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria, restablecimientos de derechos de menores de edad por parte del ICBF y múltiples casos de ejercicio arbitrario en la custodia de hijo menor (López Gaitán et al., 2022).
 - Desafíos económicos: la pérdida de empleo y los problemas económicos causados por la pandemia llevaron a tensiones financieras en muchas familias, contribuyendo a la ansiedad y estrés al interior de las familias, siendo esto un detonante en la ocurrencia de delitos contra la familia (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2021)
 - Cambios en la dinámica familiar: el cierre de escuelas, la transición al trabajo remoto y la limitación de las interacciones sociales cambiaron la dinámica familiar. Se produjeron modificaciones al relacionamiento interno familiar que contribuyeron a la aparición de conflictos familiares y delitos como el abuso infantil (Araujo et al., 2021; Caicedo et al., 2021).

- **Desafíos legales:** La pandemia también ha tenido un impacto en los procedimientos legales y judiciales relacionados con asuntos familiares, como el divorcio y la custodia de los hijos. Los retrasos en los tribunales y la necesidad de realizar procedimientos legales de manera virtual han planteado desafíos adicionales para las familias en conflicto (Alarcón, 2021; Caicedo et al., 2021; Ruiz y Rodríguez, 2023).
- **Acceso a recursos y servicios:** los programas de asistencia social, la terapia familiar y otros servicios presentaron desafíos en su entrega (Caicedo et al., 2021; Gutiérrez y Zapata, 2023).

La pandemia generó una exacerbación de algunos problemas preexistentes y, asimismo, dio cabida a nuevos desafíos en el ámbito del derecho. La respuesta social y de las autoridades fue fundamental para el abordaje de la situación; sin embargo, el sistema judicial, así como otros (salud, educación, económico, etc.) no contaba con la preparación para la crisis presentada. Fue, y sigue siendo pertinente, que los procedimientos se adapten a nuevos recursos de ciencia y tecnología a fin de que el sistema de administración y justicia funcione de forma efectiva y a pesar de las contingencias que pudiesen presentarse.

- **Estabilidad en 2020 y 2022:** podría ser el resultado de políticas o condiciones que mantuvieron el nivel de denuncias constante como lo son los diferentes programas de prevención de delitos contra la familia que actualmente emplea la Fiscalía General de la Nación.
- **Disminución en 2023:** factores como la reducción en la actividad delictiva, cambios en la capacidad de respuesta de las autoridades, disminución en la confianza del público en el proceso de denuncia y en procesos administrativos ante el ICBF, pudieron ser causales de esta tendencia baja.

Ahora bien, a fin de terminar el análisis concreto de este grupo de datos, se procede a realizar proyecciones. Para esto se utiliza el análisis de series temporales como el método de promedio móvil o modelos de regresión.

El método de promedio móvil implica calcular el promedio de los últimos años (\bar{x}) para predecir el valor del siguiente. Se usará un promedio móvil de tres años para proyectar el número de denuncias para 2024.

Tabla 5

Promedio de denuncias para cada año

Año	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Promedio	184	374	284	380	392	202

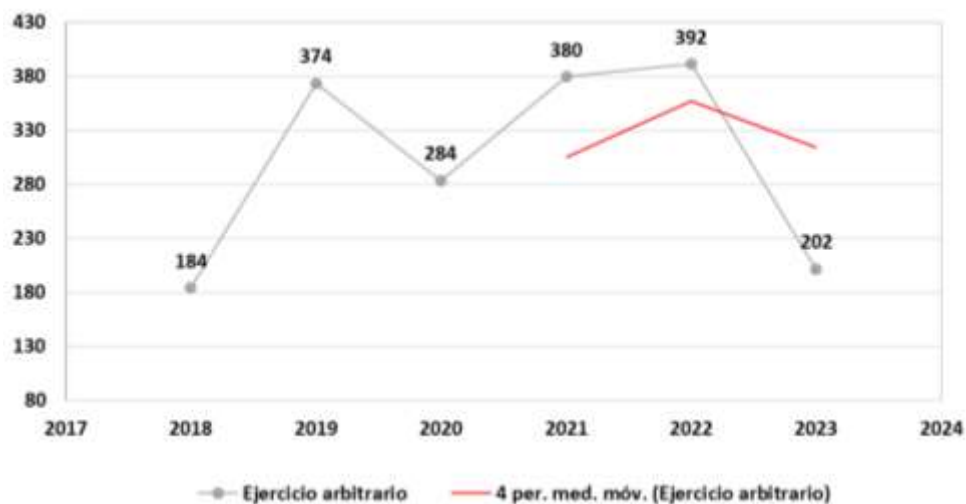
$$\bar{x} = \frac{1}{n} \sum_{i=1}^n x_i = \frac{x_1 + x_2 + \dots + x_n}{n}$$

Con esta fórmula de promedio móvil es posible realizar un modelo predictivo sencillo, sabiendo que mientras mayor sea n mayor será el impacto de los datos más antiguos de la serie y que, si el valor de n es bajo, son los datos más recientes los que se usarán para la predicción.

$$\bar{x} = \frac{380 + 392 + 202}{3} = 324.67$$

Figura 2

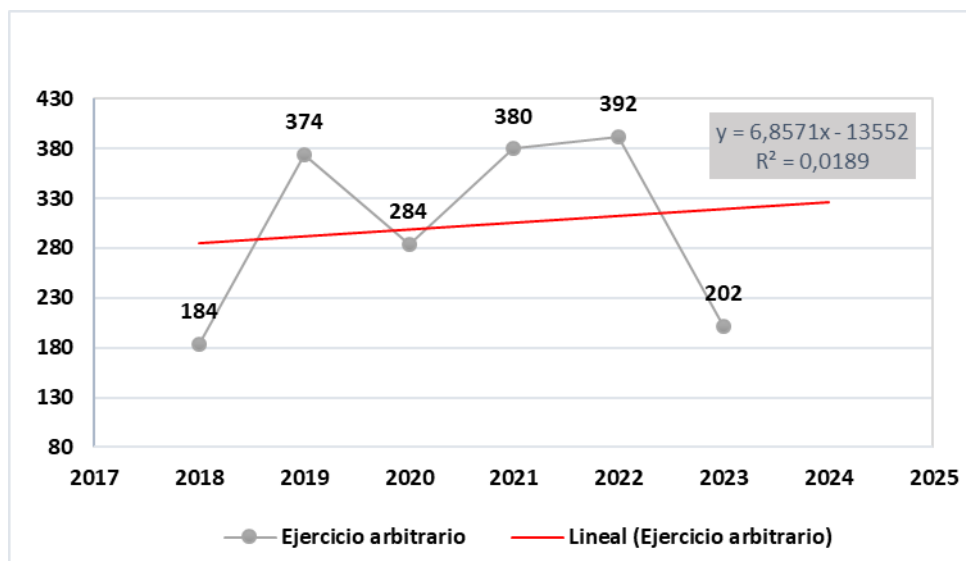
Gráfico media móvil para el periodo 2021-2023



Según este cálculo, la proyección para 2024, utilizando un móvil promedio de tres años, sería aproximadamente 324.67 denuncias. Vale la pena resaltar que por este ser un modelo simple y lineal, no tiene en cuenta factores de influencia o tendencias más complejas de los datos. Como forma de comprobación, se utilizó un modelo de regresión lineal simple, una técnica de análisis de predicción de datos desconocidos que usan valores relacionados. De esta forma, se modeló matemáticamente la variable desconocida (en este caso el número de denuncias) y la variable conocida o independiente como una ecuación lineal.

Figura 3

Gráfico regresión lineal para proyección al 2024



Con estos datos, partiendo de la fórmula suministrada, se procede al cálculo de y , es decir, del valor representativo esperado para el año 2024.

$$y = 6.8571 \times 7 - 13552$$

$$y \cong 327$$

El valor de x corresponde a siete (7), que representa el número de serie para el año 2024. De acuerdo con esta información, se espera que, para el final del año en

curso, 2024, se registre una nueva alza en el número de denuncias, con un valor de 327; es decir, para el cierre de 2024 se espera un aumento del 61.7%.

Las fluctuaciones que pudieron observarse en el periodo en evaluación, desde el 2018 hasta el 2023, pueden estar relacionadas con eventos significativos, como la pandemia de COVID-19, cambios en la legislación o enfoques de aplicación de la ley, así como factores económicos y sociales. Para obtener proyecciones más precisas y comprender completamente las tendencias en la presentación de denuncias, se requeriría un análisis más detallado y la consideración de una amplia gama de factores influyentes. Las autoridades encargadas de la aplicación de la ley y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta esta variabilidad al abordar las necesidades de seguridad pública y justicia penal.

Análisis de la Respuesta del Derecho de Petición interpuesto al ICBF

Mediante comunicación de derecho de petición remitido vía correo electrónico, se solicitó al ICBF la información relacionada con el número de procesos administrativos de restablecimiento de derechos (PARD) iniciados en la ciudad de Medellín para el año 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023 por circunstancias similares o iguales descritas en el delito de ejercicio arbitrario en la custodia de hijo menor, asimismo que fuese informado el estado actual de dichos procesos administrativos para la misma ciudad y mismos años. A través del Sistema de Información Misional se realizó la búsqueda pertinente por parte del ente en mención y fueron encontradas 2,616 peticiones. El informe continúa de la siguiente manera:

Se encuentran registradas 2616 peticiones, dado que a estas peticiones se entregan las respuestas al peticionario, direccionándolo a la Fiscalía General de la Nación quien tiene la competencia para el conocimiento de este delito EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA, se cerraron 158 peticiones. En el registro solicitud de restablecimiento de derechos INCUMPLIMIENTO DE CUSTODIA y VISITAS, se encuentran 2456 donde están cerradas 2236. En el registro solicitud de restablecimiento de derechos TENENCIA IRREGULAR, se tiene 4 solicitudes de restablecimiento de derechos activas. (D. J. Zapata, comunicación personal, 28 de agosto de 2023).

Los datos suministrados por el ICBF se organizaron y muestran en la Tabla 4, a continuación:

Tabla 4

Peticiones registradas ante el ICBF

Total peticiones 2018-2023	D.P ejercicio arbitrario de custodia	Solicitud restablecimiento de custodia	D.P. Tenencia irregular
2616 ingresadas	158 cerradas	2456 ingresadas	4 cerradas
2392 cerradas	-	2236 cerradas	-

Nota. D. P: Derecho de Petición

Durante el período de 2018 a 2023, se registraron un total de 2,616 peticiones. Es importante destacar que este es un volumen significativo de peticiones para un periodo de seis años. 2,392 del total fueron cerradas; es decir, que aproximadamente el 91.3% de las peticiones fueron resueltas o completadas, un indicativo positivo de la eficiencia en la gestión de las solicitudes.

Del total, se registraron 158 peticiones relacionadas con el *ejercicio arbitrario* de la custodia de menores que fueron posteriormente cerradas, sugiriendo que se presta atención especial a este tipo de casos que pueden involucrar disputas de custodia o problemas en la aplicación de acuerdos de custodia, mostrando efectividad de abordaje de estas situaciones.

Se registraron 2,456 solicitudes relacionadas con el *incumplimiento de custodia* y visitas; normalmente estos casos implican disputas entre padres o tutores sobre el cumplimiento de los acuerdos. De este registro, 2,236 fueron cerradas; es decir, un 91% de los casos fueron resueltos. Estos casos pueden implicar disputas entre padres o tutores sobre el cumplimiento de los acuerdos de visitas y custodia.

El registro mostró cuatro (4) peticiones relacionadas con *tenencia irregular*. Estos casos pueden involucrar situaciones en las que un menor está siendo retenido sin el permiso adecuado o en contra de las disposiciones legales. La totalidad de estos casos fueron cerrados.

Capítulo III

Conclusiones

Los datos revelan una cantidad significativa de peticiones y solicitudes relacionadas con asuntos de custodia y derechos en un período de seis años. La alta proporción de peticiones cerradas ante el ICBF sugiere medidas eficientes para la resolución de estos casos; esto asegura el cumplimiento de los derechos de los menores y la justicia en asuntos de custodia y visitas.

El trabajo psicosocial y las políticas públicas deben apropiarse del propósito de sensibilizar a la sociedad, y en ella, a su núcleo esencial, la familia. Esto, con el fin de que los niños, niñas y adolescentes no sean considerados objetos disponibles, y garantizando la intervención estatal desde un enfoque más preventivo que sancionatorio.

En cuanto al derecho penal, debe reflejar la respuesta humana ante el comportamiento de la sociedad, para una coexistencia no solo entre humanos, sino con otros seres vivos. Inicialmente, la protección se centraba en los bienes jurídicos de las personas, pero su evolución ha incluido la protección de fauna y flora; sin embargo, se colma el código penal de delitos con la intención de lograr la convivencia, llevando a un punto ilógico que desafía la racionalidad y las consideraciones éticas del poder, pues se aumentan los delitos omitiendo una Constitución material o el planteamiento de políticas criminales. Además, se debe considerar la resocialización como un fin importante de la creación de delitos, examinando las contradicciones y políticas del populismo punitivo.

El derecho penal, al afectar el valor máspreciado del ser humano, su libertad, debe ser utilizado con moderación, considerándose como la *última ratio*. No debería ser la opción principal ni percibirse como el único medio de control social pues, aunque es un mecanismo severo regulatorio, no es necesariamente el más eficaz.

En épocas electorales, los legisladores tienden a crear leyes que aumentan penas con la intención de enviar un mensaje disuasivo a la sociedad; no obstante, las estadísticas indican que el simple aumento de penas o la creación de nuevos delitos no ha logrado reducir los niveles de criminalidad, garantizar la seguridad ciudadana ni

proteger los propósitos originales de estas leyes. Siendo así, no puede el único factor de transformación, seguridad y convivencia armónica. Estos objetivos son alcanzables desde los fines y funciones en cabeza del Estado que implican la prevención de comportamientos perjudiciales, mediante mecanismos que anticipen conductas transgresoras, proporcionando seguridad, previniendo la delincuencia y protegiendo los derechos individuales y colectivos.

Sin embargo, esto resulta insuficiente, ya que se asume el caos para ofrecer una falsa sensación de seguridad, transmitiendo a la población la idea de que el Derecho Penal es el único medio para proteger y brindar mayor tranquilidad al ciudadano común. Esta percepción se alimenta de la vulnerabilidad y el desconocimiento sobre el delito, extendiéndose luego a diferentes sectores sociales y se estimula por la inflación legislativa. Todo este proceso se impulsa con consignas políticas y mediáticas, para luego ser olvidado sin cumplir verdaderamente su cometido, forzando al derecho penal a reemplazar a otras ramas legislativas.

El populismo punitivo es un fenómeno presente en la actualidad en Latinoamérica y en algunos países de Europa, como es el caso de España. En Colombia, este fenómeno se manifiesta mediante la proliferación de contravenciones y la tendencia a recurrir al derecho penal para abordar problemáticas que podrían ser tratadas más efectivamente por otras ramas del sistema legal.

Las conductas administrativas y asuntos resolubles en el ámbito civil y de familia, entre otras, se encuentran tipificadas en el Código Penal (Ley 599 de 2000). Lo que resulta peligroso en la práctica judicial, pues se vale del fervor popular y la falta de conocimiento para modificar la normativa y saturarla con conductas innecesarias e ineficientes; así, el derecho penal, se transforma en una herramienta donde la víctima se convierte en victimario.

En Colombia, se introdujo un tipo penal especial denominado "ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad," el cual excluye del tipo básico de secuestro la conducta que describe, dando prioridad a los intereses familiares como bien jurídico protegido. Es responsabilidad del legislador ajustar la normativa a las necesidades de la sociedad y, en este caso, se busca proteger los derechos de los padres en relación con la custodia y los derechos de los menores a tener una familia. A pesar de esto, en

la exposición de motivos entregada al Congreso, se menciona la intención de diferenciar esta conducta del secuestro para que su resolución se dé en instancias propias de la jurisdicción de familia o por la vía penal, pero situándola dentro del bien jurídico de la familia. El objetivo principal es prevenir que, en medio de conflictos familiares, las parejas utilicen a sus hijos para privar al otro progenitor del contacto con ellos o para impedirle conocer los lugares a los que son llevados.

Claramente se evidencia la ineficacia de este tipo penal cuando, inicialmente, se busca que una jurisdicción completamente diferente a la de familia intervenga en la resolución del conflicto, lo cual conduce a la saturación de los escenarios penales propios. Además, este delito ya se contempla en el Código Penal con el propósito de recibir un tratamiento diferenciado al secuestro, razón por la cual las penas son inferiores, llegando incluso a la suspensión condicional en caso de condena. Por lo tanto, carece de un fin persuasorio o preventivo en relación con el comportamiento, siendo un tipo penal autónomamente ineficiente.

Los análisis cuantitativos y estadísticos de todas las investigaciones que dieron lugar a una noticia criminal revelan que son mínimas las que culminan en sentencias. En una ciudad como Medellín, con una elevada tasa de violencia, se esperaría una mayor cantidad de decisiones condenatorias, especialmente en el delito de ejercicio arbitrario de la custodia. Esto pone de manifiesto la inoperancia de un tipo penal que no previene el delito y tampoco protege de manera efectiva el bien jurídico tutelado.

Recomendaciones

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 y con la instauración de la Corte Constitucional, se ha experimentado un extenso desarrollo jurisprudencial en relación con los derechos de las víctimas en el ámbito penal, participantes de todas las etapas procesales, que garantizan una protección efectiva de sus derechos fundamentales, la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación.

En relación con el bien jurídico examinado en este contexto, se busca especialmente la protección de la familia, de manera específica de los menores de edad sobre los cuales se ejerce la patria potestad. Al analizar los sujetos que podrían ser victimizados por la comisión del delito y la sanción establecida en la norma penal,

es decir, el objeto material del delito que no es otro que el hijo menor sobre el cual se ejerce la patria potestad, se evidencia que este último también puede ser revictimizado cuando uno de sus padres recibe la sanción contenida en el código penal. Una sentencia condenatoria, en este caso, conllevaría a una ruptura en la unidad familiar, pues se afecta al menor a causa de la separación de su familia.

Con el objetivo de proteger a las víctimas, en este caso, los hijos menores, sería más efectivo que en la actuación penal por este delito, la Fiscalía General aplicara de manera obligatoria la justicia restaurativa. Esto permitiría que, a través de acercamientos entre padres e hijos, se proteja de manera integral a la familia y a todas sus partes. Se considera que, más que criminalizar una conducta, los padres necesitan contar con herramientas para sanar sus conflictos, llegar a acuerdos respecto a sus diferencias y, de esta manera, proteger a sus hijos.

Entre los métodos alternos de solución de conflictos que se pueden adaptar para la atención de estos asuntos, destaca la figura de la mediación penal. Este enfoque jurídico brinda a los padres, que ejercen la patria potestad, la oportunidad de exponer ante un facilitador los motivos personales o jurídicos que los llevan a obstaculizar el derecho a la custodia. Además, pueden recibir orientación profesional que les permita encontrar vías alternas para mantener los vínculos paterno y materno filiales de una manera pacífica y, sobre todo, garantizando el bienestar del menor de edad.

Desde el aparato estatal se deben implementar Políticas Públicas para promover el acceso a centros de atención familiar de aquellos padres que tienen custodia compartida de sus hijos. Esto, impulsando áreas de Talento Humano en las entidades públicas y privadas, instituciones educativas y de formación profesional, en los cuales se brinden herramientas de apoyo y orientación en familia.

Asimismo, sería beneficioso, como se ha sugerido en textos anteriores, que las entidades públicas encargadas de la protección de los derechos de los menores, como el ICBF, las Comisarías de Familia, la Policía de Infancia y Adolescencia y la Fiscalía General de la Nación, implementen planes de acción para garantizar de manera efectiva los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como prevenir el maltrato familiar.

REFERENCIAS

- Alarcón Peña, A. (2021). Administración de justicia en tiempos de pandemia. *Prolegómenos*, 24(47), 7-9. <https://n9.cl/qu18b>
- Almendros, M. A. (2005). *La Protección Social de la Familia*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Álvarez Vanegas, L. Á. (2013). *Derechos de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano* [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio UNAL. <https://n9.cl/1w7i2>
- Araujo Robles, E. D., Díaz Espinoza, M., & Díaz Mujica J. Y. (2021). Dinámica familiar en tiempos de pandemia (COVID-19): comunicación entre padres e hijos adolescentes universitarios. *Revista Venezolana de Gerencia: RVG*, 26(95), 610-628.
- Arenas, D. A. (2000). *Los Delitos contra la Familia en el Nuevo Código Penal Colombiano*. <https://n9.cl/bt1bhv>
- Caicedo, M., Valbuena, J., Ríos, M., Acevedo, M., & Maestre, M. (2021). El régimen de visitas en medio del confinamiento por la pandemia de covid-19. *Revista estudiantil de Derecho Privado*, (7), 1-18. <https://n9.cl/z9fo4>
- Código Penal [Cód. P.] (2000). (Colombia). 5a ed. Legis.
- Constitución política de Colombia [Const. P.]. (1991). Colombia: Leyer, 13va ed.
- Convenio 1340. (2013). Participación de niños, niñas y adolescentes en la gestión pública territorial. Instituto colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). <https://n9.cl/tvlxi>
- Corral, H. (2005). *Derecho y Derechos de la Familia*. Editora Jurídica Grijley
- Corte Constitucional [CC], agosto 30, 2005. M. P.: M. J. Cepeda Espinoza. C-897/2005. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], diciembre 3, 1997. M. P.: J. G. Hernández Galindo. C-659/97. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], diciembre 3, 1997. M. P.: O. F. Amado Garrido. C-652/1997. Colombia.

- Corte Constitucional [CC], febrero 10, 1994. M. P.: J. Arango Mejía. Sentencia C-047/1994. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], julio 26, 2011. M. P.: G. E. Mendoza Martelo. Sentencia C-577/2011. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], junio 11, 2014. M. P.: A. Rojas Ríos. C-368/2014. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], marzo 10, 1994. M. P.: J. Arango Mejía. C-105/1994. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], mayo 5, 2006. M. P.: R. Escobar Gil. Sentencia T-349/2006. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], octubre 14, 2004. M. P.: J. Araújo Rentería. Sentencia T-1008/2004. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], octubre 28, 2004. M. P.: M. J. Cepeda Espinoza. T-1061/2004. Colombia.
- Corte Constitucional [CC], septiembre 18, 1992. M. P.: C. Angarita Barón. T-523/1992. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. <https://n9.cl/s0hd>
- Decreto 1137/1999, junio 29, 1999. Presidencia de la República. (Colombia).
- Decreto 1885/2015, septiembre 21, 2015. Presidencia de la República. (Colombia).
- Decreto 334/1980, febrero 15, 1980. Presidencia de la República. (Colombia).
- Decreto 936/2013, mayo 9, 2013. Presidencia de la República. (Colombia).
- Departamento Nacional de Planeación. (2021). *Mercado laboral en la crisis del COVID-19*. <https://n9.cl/pwwpo>
- Gobierno de Colombia. (2018). *Política Nacional de Infancia y Adolescencia Ruta Integral de Atenciones*. <https://n9.cl/oisp>
- González Zapata, J. (2003). ¿Se puede proteger la familia con el derecho penal? *Estudios De Derecho*, 61(137), 85–108. <https://n9.cl/5y09q>
- Gutiérrez-Cortez, J., y Zapata-Giraldo, L. V. (2023). Terapia familiar virtual: adaptaciones, oportunidades y limitaciones. Intervención con familias colombianas en tiempo de confinamiento. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social*, (35), e20612367. <https://n9.cl/n21asy>

Harris, M. (1989). *Introducción a la Antropología General*. Alianza Editorial, S. A.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (s.f.). *Noticias*. <https://n9.cl/oo4un>

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8 de 2006. D. O. No. 46446

Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Junio 28 de 2007. D. O. No. 46673

Ley 115 de 1994. Por la cual se expide la ley general de educación. Febrero 8 de 1994. D. O. No. 41214.

Ley 1878 de 2018. Por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia y se dictan otras disposiciones. Enero 9 de 2018. D. O. No. 50471.

Ley 294 de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Julio 16 de 1996. D. O. No. 42836.

Ley 7 de 1979. Por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. Enero 24 de 1979. D. O. No. 35191

Ley 75 de 1968. Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Diciembre 30 de 1968. D. O. No. 32682.

López Gaitán, J. C., Núñez Jaimes, J. J., & Martínez Chapetón, M. M. (2022). Violencia intrafamiliar dentro del marco temporal de la pandemia en Colombia. *Revista estudiantil de derecho privado*, (7). <https://red.uexternado.edu.co/12064-2>

Mahecha, D., & Dussan, S. (2020). *Las nuevas formas de familia en Colombia, los aportes desde el derecho constitucional*. [Tesis de Grado, Universidad Santo Tomás]. Repositorio USTA. <https://n9.cl/jxdig>

Mora, J. M. M. (2011). Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia. *Temas Socio-Jurídicos*, 29(60).

Nogueira, A. H. (2009). Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 6, 151-163.

- Olaya, M. A. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente Revista Jurídica*, 79-102.
- Organización de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos del niño*. <https://n9.cl/pnq7>
- Ortiz Villalba, J. J., Villafañe Quintero, J. L., & Blandón Saldaña, M. L. (2016). *Delitos contra la familia: violencia intrafamiliar a la luz del código penal colombiano*. [Tesis de Especialización, Universidad Libre]. Repositorio Unilibre. <https://n9.cl/5as4t>
- Quiroz, A. (2011). *Manual Civil*. Tomo V, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Resolución 1526/2016, febrero 23, 2016. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Colombia).
- Resolución 652/2011, febrero 22, 2011. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Colombia).
- Resolución 7547/2016, julio 29, 2016. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Colombia).
- Rodríguez, Á. A. M. (2013). Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad? *Derecho y realidad*, 11(21).
- Ruiz Arriaga, E. E., & Rodríguez Mosquera, A. T. (2023). *Afectación del “Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de niños, niñas y adolescentes” mediante la adopción a causa de la pandemia por COVID-19*. [Trabajo de grado, Universidad Libre]. Repositorio Unilibre. <https://n9.cl/neuigi>
- Theytaz-Bergman, L. (2006). *Grupo de las ONGs para la Convención sobre los Derechos del Niño*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://n9.cl/sn2r49>
- Uprimny, R. (2014). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Ius Inkarri*, 3(3), 115-148. <https://n9.cl/a6wru>
- Uribe, F. A. G., & Valle, S. L. (2022). El Bloque de Constitucionalidad en la Constitución Política de Colombia. Análisis de su desarrollo histórico, fundamentos y restricciones. *Ratio Juris UNAULA*, 17(34), 245-262. <https://n9.cl/mdmuq>