RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**YAMILE LOBO SANTOS** **ALBERTO SÁNCHEZ MEDINA**
FACULTAD	**FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**DERECHO**
DIRECTOR	**DR. FABIÁN LEONARDO VELÁZQUEZ SANTIAGO**
TÍTULO DE LA TESIS	**ESTUDIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LOS DERECHOS DE LA PROGENITORA EN LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE CUSTODIA PERSONAL DE LOS HIJOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

RESUMEN
(70 palabras aproximadamente)

EL ANÁLISIS QUE SE PRESENTA EN LA MONOGRAFÍA PERMITE ESTABLECER COMO EN COLOMBIA, EXISTEN VACÍOS EN MATERIA DE LAS FORMALIDADES Y REGLAS SOBRE LAS CUALES SE RIGE LA ASIGNACIÓN DE LA CUSTODIA Y EL CUIDADO PERSONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, REGULÁNDOSE RÉGIMEN DE VISITAS PARA EL PADRE QUE NO CONVIVE CON EL MENOR, Y DESLEGITIMANDO LA VERDADERA ESENCIA DE LA CUSTODIA Y EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO PARA LOS PADRES SEPARADOS.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS:	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:

ESTUDIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LOS DERECHOS DE LA PROGENITORA EN LOS PROCESOS DE ASIGNACIÓN DE CUSTODIA PERSONAL DE LOS HIJOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

AUTORES

YAMILE LOBO SANTOS

ALBERTO SÁNCHEZ MEDINA

Monografía presentada como requisito para optar al título de abogado.

DIRECTOR

DR. FABIÁN LEONARDO VELÁZQUEZ SANTIAGO

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER SECCIONAL OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia **Mayo, 2020**

Índice

Capítulo 1. La institución de la familia dentro del ordenamiento jurídico colombiano 1

1.1 La definición etimológica de familia 1
1.2 Clases de familia según la doctrina 2
1.3 La familia en la concepción jurídica colombiana.....3
1.4 Concepción legislativa. 6

Capítulo 2. La custodia de los hijos de padres separados en el marco jurídico colombiano 9

2.1 La custodia personal y el cuidado de los hijos en el marco jurídico colombiano.....9
2.2 La asignación de custodia y cuidado personal de los hijos en Colombia, a partir de los derechos de los padres.....13

Capítulo 3. La protección integral de los menores de edad en el marco jurídico constitucional y legal colombiano. 20

3.1 Percepción constitucional.....20
3.2 Desarrollo Jurisprudencial.....22
3.3 Desarrollo legal. 25

Capítulo 4. Estudio De Proporcionalidad Entre El Principio De Protección Integral De Los Niños, Niñas Y Adolescentes Y Los Derechos De La Progenitora En Los Procesos De Asignación De Custodia Personal De Los Hijos En El Ordenamiento Jurídico Colombiano 27

Conclusiones.....35

Referencias.....37

Introducción

La familia de acuerdo con los parámetros legales y jurisprudenciales que enmarcan el ordenamiento jurídico colombiano, representa la máxima institución social, sufriendo durante las últimas décadas diversas trasformaciones que obedecen a un sinnúmero de fenómenos sociales, políticos, económicos y demás. Dicha situación, también ha permeado en las relaciones que estructuran las familias, como lo es las de pareja, y las relaciones entre padres e hijos.

Conforme a ello, también la mujer ha adquirido un nuevo rol en la sociedad, y ya no solo se dedica a las labores del hogar, sino que se le ha reconocido bajo el principio de la igualdad, una serie de oportunidades en el mercado laboral, educativo, económico y demás. Para el caso de las mujeres que conforma una familia, su papel adicional al de madre, también se ha incorporado al mundo laboral, lo cual establece un nuevo escenario para las obligaciones, deberes y derechos que se consagran con los hijos.

Dicha situación, ha permeado el campo del derecho en el sentido de la asignación de la custodia personal cuidado de los hijos, a uno de los cónyuges o familiares más cercanos, dependiendo de cada caso en particular, puesto que hoy en dia las familias, como se mencionó antes, se organizan desde otra visión antropológica y sociológica, a la familia tradicional.

Sin embargo, con frecuencia se tiende a establecer que la custodia y cuidado personal, debe estar en cabeza de la madre, por diversos criterios, que distan de dar cumplimiento al principio de igualdad, y sopesándose bajo el argumento del interes superior del menor, lo que establece un riesgo a la seguridad jurídica y a los derechos fundamentales de los hijos, puesto

que no siempre la madre debe ser la prioridad a la hora de asignarse la custodia y el cuidado personal.

De acuerdo con la Ley 1098 de 2006, en su artículo 23:

> Custodia y Cuidado Personal: Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales. (Ley 1098, 2006, Articulo 23)

Sin embargo, cuando el menor no cuenta con la unión de sus padres, de esta figura deriva una desigualdad en razón de los derechos fundamentales como la igualdad y la no discriminación en razón del género, cuando se da exclusividad en primer momento a la madre para ejercer la custodia personal del menor amparándose en el argumento de su bienestar, desconociendo los derechos y deberes anteriormente expuestos que igualmente posee el padre siendo este capaz de proteger, preservar y garantizar los derechos del infante en las mismas condiciones que la madre; trayendo consigo un fenómeno social discriminatorio a través del cual directamente se da preferencia y exclusividad a la madre para que esta ostente de dicho derechos sobre sus hijos, considerando en primer lugar que es la mujer quien puede asegurar estas garantías del menor dejando a un lado al padre generándole una lucha judicial para poder acceder al reconocimiento de ser el titular de derechos sobre sus hijos, y al momento que el legislador tome una decisión, se puede otorgar la custodia personal y el cuidado de los hijos en igualdad de condiciones sin discriminación de género, para así determinar bajo que parámetros jurídicos la figura de la asignación de la custodia y cuidado personal de los hijos

da primacía a los derechos de los hijos y los padres reduciendo la exclusividad de esta figura para la madre bajo los argumentos de la protección y el bienestar de los infantes.

Capítulo 1. La institución de la familia dentro del ordenamiento jurídico colombiano

1.1 La definición etimológica de familia

El hombre desde el mismo momento de su origen, consideró organizarse en núcleos denominados familias, lo cual implica que esta institución tiene sentadas sus bases a partir del surgimiento del mismo hombre. No obstante, no se denominó así desde un comienzo, sino que en la antigüedad se le llamo gens, y luego comenzó a desarrollarse de manera progresiva hasta llegar al termino de familia. De acuerdo con Suarez, (2006), "la palabra familia se le ha asignado dos significados, uno en sentido amplio, por el cual se comprende a aquel grupo que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno. Es sinónimo de conjunto de individuos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como lo son el parentesco y el matrimonio otro en sentido estricto, según el cual se le considera como la agrupación cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz como lo son los padres y los hijos". (Pag. 6)

Otra concepción sobre el origen etimológico de la institución de la familia, lo hace Oliva & Villa, (2013), citando a Carbonell, 2012, quien asegura que la "familia ha sido el lugar primordial donde se comparten y gestionan los riesgos sociales de sus miembros". (Pag 12)

De otra parte, Oliva & Villa, "013, traen a colación el concepto de De Pina, (2005) quien afirma que "la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere".

> Según autores como Luciano Febvre (1961) como "el conjunto de individuos que viven alrededor de un mismo lugar…"que continúa diciendo que "La

> familia se define como el conjunto de individuos que viven alrededor de un mismo hogar" (Febvre, 1961.P.145) definición que muestra la amplitud de su cobertura conceptual, pero con una cierta limitación desde el aspecto espacial, que no se ajusta a las nuevas realidades que impone la globalización con sus características migratorias y de movilidad de sus integrantes. (Oliva & Villa, 2013)

De esta manera, etimológicamente el término conlleva a una definición de conjunto o grupo de personas que conforman un núcleo bien sea por lazos sanguíneos o también denominados naturales, y por lazos civiles como ocurre con la figura del matrimonio, la adopción, la unión marital de hecho y demás formas de agruparse. A su vez, asegura el autor, que la familia es una institución en la cual los padres son el tronco o raíz, y a partir de allí comienza la descendencia.

Es decir, que el núcleo o conjunto de personas que integran la institución de la familia, además de configurar un amplio concepto a través de la historia, se fecunda a partir del mismo origen del hombre, siendo incluso más antigua que la misma humanidad, razón por la cual su protección jurídica ha trascendido desde épocas milenarias hasta nuestros días.

1.2 Clases de familia según la doctrina

En la doctrina se han establecido estudios que ha determinado una clasificación de la familia, a partir de diferentes criterios como las formas de conformarse, los vínculos y demás. Al respecto de acuerdo con Suarez, (2006), se pueden encontrar familiar legitima y natural.

La familia natural de acuerdo con lo conceptuado por el autor, es aquella que se conforma a partir de vínculos naturales, y en la cual no se configura bajo el vínculo del

matrimonio. Para algunos tratadistas se denomina familia ilegitima, para otros simplemente natural.

De otro lado, dentro de la clasificación encontramos la familia legítima, que se conforma a partir del vínculo matrimonial, que establece el estado civil de casado a los cónyuges, y a partir de ahí, se encuentra cobijados bajo el ordenamiento jurídico.

De otro lado, asegura Suarez, (2006) que también existen otras clases de familia, como son la primitiva, que se fecundó en el inicio u origen del concepto de familia. Esta clase de familia, se caracterizaba por gran cantidad de hijos, nietos y demás, regidos además por la potestad del padre, quien contaba con cualidades excelsas de experiencia y sobriedad propias que lo hacían acreedor de esa jefatura o postura social (familia patriarcal); en otros bajo la experiencia y dirección de una mujer que por su moralidad se constituía un factor indispensable en la dirección de la familia llamada (familia matriarcal); el vínculo que mantenía unidos a los componentes o integrantes de una familia primitiva estribó era el parentesco y la religión. (Pág. 12)

En otras culturas, como la romana y la griega, también se conformaron otras clases de familia, en las que de daba también la potestad al padre, denominado páter familia. Con posterioridad, también tuvo el poder la madre, denominada la época del matriarcado.

1.3 La familia en la concepción jurídica colombiana

En el caso colombiano, la institución de la familia, goza de pleno reconocimiento social y jurídico. Su surgimiento data de décadas muy antiguas, pero su protección jurídica, se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos dos siglos, donde se comienzan a dar las

primeras normas enmarcadas en figuras que atañen a la familia, como son el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de derechos, y demás.

De acuerdo con Serrano (2010), la institución de la familia, se sustenta bajos las siguientes fuentes jurídicas:

> 1. Fuentes reales: estas fuentes son las conformadas por los factores de la realidad social de cada estado y por ende por la familia constituida en dicho estado, para dicho fin se debe tener en cuenta las investigaciones que dan las ramas como la sociología, la antropología y la psicología.
>
> 2. Fuentes formales:
>
> 1. La constitución tiene las normas expresas fundamentales sobre la familia.
>
> 2. La legislación interna juega un papel importante a la hora de fundamentar en la norma la institución de la familia su conformación derechos y deberes.
>
> 3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema de familia
>
> 4. La doctrina nacional y extranjera en cuanto a tratados que ratifica Colombia.
>
> 5. La legislación, la jurisprudencia extranjera y la jurisprudencia internacional que ha interpretado los derechos de la familia. (Serrano, 2010)

Desde el punto de vista constitucional, se tuvo en cuenta la figura de la familia, desde escenarios muy diversos en las constituciones previas a la Constituyente de 1991, donde finalmente se establece de manera clara y concisa el concepto y el reconocimiento de los derechos de los que gozan cada uno de sus miembros, teniendo especial protección los niños, niñas y adolescentes, a partir de la adopción de herramientas jurídica internacionales, que conforman el ordenamiento jurídico interno.

Dentro de la estructura de la Constitución Política, podemos encontrar desde su mismo preámbulo que la consagración del Estado Social de Derecho, conlleva a que se adquieran nuevos y mayores compromisos por parte del Estado con sus coasociados, lo que implica que la protección jurídica de la familia, se establece incluso desde el articulo 2 cuando se habla de los fines del Estado, luego encontramos el articulo 5 donde se hace un reconocimiento y amparo de la institución de la familia.

En el artículo 15, el Estado busca garantizar el derecho a la intimidad familiar, el artículo 33 nos habla sobre la inmunidad penal, y el artículo 42 define y reconoce los derechos y deberes derivados del vínculo familiar. Seguidamente el articulo 43 consagra la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer y el articulo 44 define los derechos fundamentales del niño, el articulo 45 por su parte establece el trato en materia de derechos para los adolescentes y el 46 establece la obligación del Estado, la sociedad y la familia con las personas pertenecientes a la tercera edad.

No obstante es el artículo 42 el principal fundamento que define y articula los principios bajo los cuales se establece la protección de la familia. El primer eje que se establece en el mismo es el que reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, toda vez que destaca la importancia social y jurídica de la misma, y con lo cual se establece un escenario de mayor relevancia, teniendo en cuenta su valor para la conformación de la sociedad y el Estado mismo.

Finalmente, es preciso decir que la institución de la familia como célula fundamental de la sociedad, a partir de la cual podemos afirmar que en Colombia es la Constitución Política de 1991 quien establece de manera clara, explicita y tacita el reconocimiento de la familia como pilar trasversal para la construcción de la sociedad, y por ende se han establecido los

mandatos o principios que demanda protección del Estado, igualdad entre hombres y mujeres, la protección de los niños y adolescentes y de la tercera edad, la prohibición de violencia, las formalidades para el establecimiento de la familia como son el matrimonio y la unión marital de hecho.

1.4 Concepción legislativa.

En el contexto legislativo existen diversas disposiciones a través de las cuales el legislador ha enmarcado la protección jurídica de cada uno de los aspectos que interviene el proyecto de vida de una familia. De esta manera, el punto de partida se encuentra enmarcado en el Codigo Civil, donde se encuentran aspectos jurídico para la conformación de la familia como son el matrimonio, adoptándose la doctrina canónica del matrimonio indisoluble, y aceptando el divorcio como la separación de cuerpos, y asignándosele al hombre la jefatura de la familia y la representación legal de los hijos, y el régimen de bienes estaba reglamentado en el libro IV, bajo el sistema de comunidad restringida a muebles y gananciales. (Suarez, 2006)

Además de ello, el Código Civil, es el compendio de normas sustanciales en diversas áreas. Sin embargo para efectos de la presente monografía tendremos en cuenta, solo aquellos artículos que enmarcan la asignación de custodia de los hijos menores de edad, lo que implica que citaremos inicialmente, que el Codigo nos habla de Patria Potestad, como el conjunto de derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos, y de custodia, cuando el cuidado personal se encuentra en ambos padres, cuando conforman una familia, o de unos de los padres, cuando se encuentran separados.

Respecto al sistema de filiación de la época era rígido y complicado, asegura Suarez, (2006) que frente a los hijos legítimos, entre los cuales contaba a los legitimados, que necesariamente procedían del matrimonio, estaban los restantes fruto de uniones extramatrimoniales; eran los llamados generalmente con el calificativo de ilegítimos, y distinguidos en tres clases: los hijos naturales, colocados en un estado más favorable que los restantes; los simplemente ilegítimos, y los de dañado ayuntamiento clasificados en adulterinos e incestuosos, mirados con franco disfavor; sus derechos se reducían a obtener alimentos, quedando privados de todo interés en la sucesión intestada.

El Código Civil no contempló para su promulgación disposiciones para la infancia desvalida, ni para el abandono de la familia, lo que si se instituyó fue la figura de las guardas, solo admite las guardas ejercidas por personas naturales, y consideró a la mujer en un plano de inferioridad para ejercerlas.

Respecto a las tutelas de los impúberes, estableció dos figuras una la tutela y otra la curatela, que son las guardas dadas a los menores adultos que no habían obtenido la habilitación de edad, a sordomudos que no podían darse a entender por escrito, a dementes y a pródigos declarados en interdicción.

No obstante desde su promulgación han sido múltiples las modificaciones que se le han realizado, por ejemplo el matrimonio ya no es indisoluble, la conformación de la familia ha variado, ha desaparecido la potestad marital, la patria potestad sobre los hijos es compartida, en el caso de los hijos extramatrimoniales y matrimoniales, se permite la investigación de la paternidad, situación que antes no estaba nisiquiera en la imaginación del hombre, se

reconocen los derechos hereditarios en igualdad de condiciones para todos los hijos, se desarrolla la figura de la adopción, la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial.

En otras áreas del derecho colombiano, también existe figuras y herramientas jurídicas, llamadas a la protección de los miembros de la familia, por ejemplo en el campo penal, se han tipificado como delitos, conductas como la violencia intrafamiliar, y otras conductas típicas, que atentan contra los bienes jurídicos tutelados para los ciudadanos dentro del vínculo familiar.

Desde el campo laboral, el legislador ha establecido dentro del principio de estabilidad laboral reforzada, fueros como el de embarazo, el de salud y el de pre pensionados, pensando también en priorizar la estabilidad de los núcleos familiares colombianos.

Finalmente, es preciso concluir que el marco jurídico colombiano se ha enfocado previo a la Constituyente de 1991, a nutrir constantemente al ciudadano de herramientas jurídicas, que permitan alcanzar los fines propuestos para la institución de la familia, siendo el Estado el garante, a través de sus normas, del cumplimiento de los deberes, derechos y obligaciones que se configuran a través del vínculo familiar, bien sea por lazos naturales o civiles, como lo ha establecido el mismo legislador. No obstante, con la llegada de la Constitución de 1991, se contextualizaron otros aspectos de protección, que hoy en dia cobijan en mayor proporción a los niños, niñas y adolescentes, tal cual lo dispone la Convención de los Derechos del Niños, y las demás herramientas adoptadas por el Estado colombiano, en dicha materia.

Capítulo 2. La custodia de los hijos de padres separados en el marco jurídico colombiano

2.1 La custodia personal y el cuidado de los hijos en el marco jurídico colombiano

En Colombia como lo ha establecido el ordenamiento jurídico la custodia personal y el cuidado de los hijos, es una obligación que tienen los padres para con sus descendientes. El Codigo de Infancia y Adolescencia lo regula, pero la Constitución Política es el mandato vinculante, que ampara a partir del articulo 44 los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

Al respecto la norma constitucional reza que:

> Artículo 44. 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. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

La figura de la custodia, se encuentra definida por la Honorable Corte Constitucional a través de Sentencia T-351 de 2018, donde dispone que la Custodia:

> Corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Con la custodia se busca, como 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. La custodia se puede fijar por medio de conciliación. Cuando se otorga la custodia a un familiar, no se trasmite la patria potestad. (Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2018)

Es decir, que la custodia hace referencia al cuidado personal de los hijos, en todo lo referente, a su crianza, a su educación, a su desarrollo en valores, principios y demás. Pero que para el caso de los padres separados, le es otorgada a uno de ellos, y el otro tendrá derecho a tener contacto de manera ocasional, conforme se regule en la conciliación.

De otra parte, asegura la Corte Constitucional mediante Sentencia T-868 de noviembre de 2009, que:

> La asignación de la custodia y cuidado personal del menor, a falta de acuerdo entre los padres o tutores, corresponde a las autoridades de familia competentes (administrativas y judiciales) analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la

> custodia del niño y cómo se regulan las visitas a las que haya lugar del otro padre, donde deberá atender siempre al bienestar del menor y su estabilidad familiar. (Corte Constitucional, Sentencia T-868 de 2009)

Lo que permite sintetizar, que la custodia personal de los hijos, cuando los padres están separados, es una figura, que se crea a partir del marco jurídico de protección constitucional, de la cual Colombia adopta a través de la Convención de los Derechos del Niño, y que deja plasmada en la Constitución Política de 1991, para los niños, niñas y adolescentes, estableciendo las obligaciones y deberes, que le asisten a los padres en materia de crianza, educación y demás aspectos que intervienen en el proceso de crecimiento de un niño.

De esta manera la custodia y el cuidado personal de los hijos, es una obligación de los padres, en aras de la protección y especial cuidado del que gozan los niños, niñas y adolescentes en Colombia, pero que cuando se trata de parejas separadas, debe establecerse en cabeza de uno de los padres, para lo cual existen herramientas en el ordenamiento jurídico.

Sobre la custodia personal y el cuidado de los hijos, también el ordenamiento jurídico en materia penal ha establecido algunas conductas tipificadas como delitos, porque atentan contra la primacía de la protección de los niños, niñas y adolescentes. De esta forma, mediante la Ley 599 del 2000, donde se establecen como delito, el ejercicio arbitrario de la custodia de un menor de edad.

Al respecto el artículo 230A, establece que:

> Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes 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".

Desde el punto de vista doctrinal, de acuerdo con Gómez (2011) citado por Castro, (2015) el tema de la custodia y por ende el cuidado personal de los hijos menores de edad, cuando estos no conviven en el entorno de una familia, se establece en un escenario diverso al tradicional, toda vez que se busca el goce de los derechos constitucionales y fundamentales, consagrados en la Constitución Política, orientados a garantizar el desarrollo integral, es un compromiso que ha asumido el Estado.

De esta forma, y según lo citado por López & Valbuena, (2017) citados por Castro, (2015), se considera necesario que la familia, la sociedad y en el mismo rol del Estado estén en la obligación de asistir y proteger al menor, para con ello garantizar el desarrollo integral y armónico en el pleno ejercicio de sus derechos.

Dentro del contexto jurídico, encontramos además, que el proceso para obtener la custodia en Colombia a través del proceso conciliatorio, se encuentra enmarcado bajo la Ley 640 de 2001, donde el conciliador "busca privilegiar a los niños niñas y adolescentes siendo el conciliador y a su vez las partes, las encargadas en velar por proteger los derechos de los niñas, niñas y adolescentes, y llegar al mejor acuerdo en busca de que el proceso sea satisfactorio, si la audiencia es satisfactoria el conciliador levantará un acta clara donde quedan plasmadas todas obligaciones y derechos de ambos padres frente a sus hijos, de esta misma forma dejará claro en cabeza de cuál de los padres posara la custodia y cuidado personal de éste, así mismo el conciliador explicará a ambos padres los alcances del acta que

se levanta, para que de ser incumplida por alguno de estos, sabrán que este documento es ley para ellos y puede hacer valer lo estipulado por una autoridad competente". (Castro, 2015)

En síntesis, en Colombia el ordenamiento jurídico consagrado bajo la protección y primacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, conlleva a que desde la misma adopción de la Convención de los derechos del niño, la formulación de la Constitución Política de 1991 y las demás normas concordantes, se establezca un régimen legal, para otorgar la custodia personal y el cuidado integral de los hijos, para uno de los cónyuges, cuando estos no conviven bajo el mismo entorno, es decir no conforman un familia, otorgándosele mediante conciliación, que se configura mediante la Ley 1098 de 2006, o también denominado Código de Infancia y Adolescencia, y las demás normas concordantes, que buscan la primacía de la protección de los derechos del niño, niña y adolescente.

2.2 La asignación de custodia y cuidado personal de los hijos en Colombia, a partir de los derechos de los padres.

Como lo hemos descrito en el anterior apartado de la monografía, en Colombia existe la figura de la asignación de la custodia y cuidado personal de los hijos de padres separados, para uno de los progenitores, siendo la regulación de este proceso a través de instituciones como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Comisarias de Familia, Juzgados o Notarias.

Al respecto el Código de Infancia y Adolescencia en Colombia siguiendo los parámetros de la Constitución Política de 1991, establece en el artículo 8, el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así:

> "Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y

> simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes" . (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Seguidamente la norma, expresa a través del artículo 9, otro precepto constitucional y es la prevalencia de los derechos, estableciendo que cuando exista en algún acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier índole, y que dicho conflicto verse sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes, prevalecerán estos, en especial dice la norma si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (p. 2).

Dentro del mismo contexto, ya hemos dicho también que la Constitución Política es el primer instrumento jurídico garante de la protección de los niños, niñas y adolescentes, lo que implica que se reconozca la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, tal como lo dispone el artículo 44 de la Carta Magna. Bajo este argumento, las demás normas concordantes están llamadas a que dentro de sus estructuras, promuevan dicha protección, y es por ellos, que el Código de Infancia y Adolescencia se encuentra enmarcado dentro de dicho mandato.

El marco jurídico, establece que al menor de edad, se le debe garantizar su desarrollo pleno y armonioso, dentro del entorno de una familia, que le brinde amor, valores, principios, educación y en una sociedad que se rija bajo el amor, la convivencia pacífica, la paz y demás.

Bajo este contexto las autoridades judiciales, son los entes encargados de determinar cuál es el ambiente psicosocial más apto para el desarrollo del niño, niña o adolescente, razón por la cual, es preciso que el operador judicial determine aspectos fundamentales que le permitan al menor, gozar de amor, felicidad y armonía en el hogar donde resida, lo que implica que en el momento de configurar la custodia y cuidado personal de los menores, no

se tiene en cuenta el interés particular del padre o la madre, sino que se establece siempre la primacía del interés superior de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente.

Dentro de este contexto, se establecen para los padres unas obligaciones, como son el cumplimiento de la cuota de alimentos, que se denomina integral, y debe cubrir los gastos correspondientes a la alimentación, vestuario, recreación y salud. A su vez, el padre que le fue asignada la custodia y el cuidado personal de niño, niña o adolescente, deberá además encargarse de cubrir la otra mitad de los gastos mencionados, con el objetivo de garantizar todos los aspectos que configuran el desarrollo del hijo.

A su vez ha determinado la norma, que cuando se trate de la asignación de custodia y cuidado personal de los hijos, para uno de los padres, se desprenden otra serie de obligaciones, como son la de permitir las visitas al padre que no convive con el menor de edad, sin obstaculizar el desarrollo del mismo, a través de la negación para que la figura materna o paterna esté presente en las diferentes etapas de crecimiento del menor, es decir, que está prohibido que el padre o la madre a quien les sea asignado la custodia y el cuidado personal de los hijos, negar la existencia del padre o la madre que no conviven con ellos, toda vez que se configuraría una vulneración a los derechos que tiene la persona, en relación con la crianza y presencia en la vida de sus hijos.

Desde otro aspecto, es importante decir, que dicha custodia también se puede establecer como compartida, y en la misma, los hijos conviven un tiempo con cada uno de sus progenitores. Para establecer dicho régimen, se puede residir exclusivamente con uno de los padres y sostener visitar con el otro progenitor, dividiendo el tiempo entre ambos padres, pero prevaleciendo siempre el interés superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De otra parte, reza la norma, que los jueces se encuentra facultados para determinar el ejercicio de la custodia entre los padres que no conviven juntos. El criterio que debe orientar la decisión del juez, necesariamente tiene que ser el bienestar del niño, niña y adolescente; no obstante, antes de disponer el ejercicio de la custodia compartida o el ejercicio de la misma por uno de los padres, el juez deberá investigar. (Castro, 2015)

Ahora bien, para determinar el procedimiento jurídico, tenemos que la custodia y el cuidado personal de los hijos, hace referencia "al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña". (Concepto 10 de 2015)

Dicha figura, se establece jurídicamente para su asignación a través de la figura de la conciliación. Al respecto la Ley 446 del 7 de julio de 1998 en el artículo 64 define la figura jurídica de la conciliación como "(…) un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador".

De la misma forma, establece que serán conciliables todos los asuntos que determine la ley, y que el acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada y presta merito ejecutivo.

Dentro del mismo contexto, encontramos que también se configura la conciliación extrajudicial en materia de familia, para lo cual se citará la Ley 640 de 2001 promulgada con la finalidad de regular y establecer directrices con respecto al tema de la conciliación, por

cuanto, ya antes la Ley 446 de 1998 mecanismos para la problemática de la congestión de los despachos judiciales.

Y en el artículo 31, estableció que:

> La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

En referencia a esto, la Corte Constitucional precisó entonces que:

> Se puede observar con claridad que las conciliaciones en manera de alimentos podrán ser judiciales y extrajudiciales, y todas tendrán el mismo alcance frente a la obligación alimentaria que tiene quien debe los alimentos, con lo cual, el cumplimiento de lo pactado en dichas actas de conciliación, obligará para todos los efectos al cumplimiento estricto de la misma, y su inobservancia genera las mismas sanciones que la ley prevé para tales efectos".

De esta forma, el marco jurídico faculta a los Defensores de Familia y Comisarios de Familia para adelantar conciliaciones extrajudiciales en materia de familia, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad en los siguientes asuntos:

> La suspensión de la vida en común de los cónyuges.

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

Ahora bien, respecto a las medidas provisionales en la conciliación extrajudicial en derecho en los asuntos de familia, el artículo 32 de la precitada Ley establece que:

> ….Si fuere urgente los defensores y los comisarios de familia, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y los jueces civiles o promiscuos municipales podrán adoptar hasta por treinta (30) días, en caso de riesgo o violencia familiar, o de amenaza o violación de los derechos fundamentales constitucionales de la familia o de sus integrantes, las medidas provisionales previstas en la ley y que consideren necesarias, las cuales para su mantenimiento deberán ser refrendadas por el juez de familia.
>
> Los conciliadores de centros de conciliación, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los personeros municipales y los

> notarios podrán solicitar al juez competente la toma de las medidas señaladas en el presente artículo.
>
> El incumplimiento de estas medidas acarreará multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del sujeto pasivo de la medida a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Finalmente, a partir de la configuración de la Ley 1098 de 2006, se ha facultado al comisario de familia, en caso de no existir Defensor de Familia, para asignar la custodia personal y el cuidado de los hijos.

Capítulo 3. La protección integral de los menores de edad en el marco jurídico constitucional y legal colombiano.

3.1 Percepción constitucional.

La protección integral de los menores de edad, se da a partir del reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y garantizar que estos se cumplan, por el carácter de interés superior que se les otorga constitucionalmente. Son los corresponsables de estos:

> 1. La familia, encargada de brindarles el afecto, solidaridad y respeto que los niños necesitan para su crecimiento psicológico;
> 2. La sociedad, quien en colaboración armónica entre sus ciudadanos debe prevenir la vulneración y el ejercicio de los derechos de los menores; y
> 3. El Estado, por medio de políticas públicas, que protejan, atiendan y apoyen el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además de restablecerlos cuando estos hayan sido vulnerados, teniendo en cuenta sus diferencias en edad, cultura y desarrollo psicológico.

Lo anteriormente expuesto, debido a lo consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política colombiana donde nos muestra específicamente cada uno de los 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." (Asamblea Nacional Constituyente)

Colombia cumpliendo con su artículo 93 de la carta política de 1991, donde claramente se muestra que:

> "…Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia…" se adhiere a lo estipulado a la Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral 1 de su artículo 3 donde se regulan:
> " todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". (Convención sobre los Derechos del Niño)

Según lo expuesto anteriormente, las acciones que el Estado debe encaminar, específicamente a la luz de los estatutos de la Convención sobre los Derechos del Niño, considera aspectos económicos, sociales y culturales que constituyen la materialización del derecho fundamental a la vida y del derecho a la integridad personal de niños. Es claro que las garantías dadas por bloque de constitucionalidad, ratifican la obligación estatal de garantizar una protección integral al menor, que trascienda del ámbito de los derechos civiles y políticos, asegurando la protección efectiva de sus derechos económicos, sociales y culturales, los cuales sin lugar a duda tienen profunda incidencia en la correcta progenitura, la cual está ligada al ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos.

3.2 Desarrollo Jurisprudencial.

La Constitución Política en su artículo 44 enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Por su parte, el artículo 8 del Código de la infancia y la Adolescencia, define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como: "...el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".

De acuerdo a lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior. Afirmando que

> “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”. (Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2003)

Así mismo, sostuvo que:

> “El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas:
>
> 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir; debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y sicológicas;
>
> 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo;

> 3) En tercer lugar; se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio;
>
> 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor. (Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998)

En cuanto al vínculo que el Estado debe generar alrededor del niño, su familia y protección integral la Corte Interamericana reconoce en Sentencia Caso: Niños de la calle vs. Guatemala, (1999). En este fallo se le impuso el deber al Estado de reglamentar positivamente la protección especial del menor de edad al afirma que *"el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño"*. Dada la importancia del derecho a la protección a la familia y la protección integral de los menores, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. *El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño.* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso: Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2010). Con esto se puede anotar que jurisprudencialmente, que la separación del menor de su núcleo familiar puede representar tanto una vulneración a su derecho de vivir en familia como una protección en contra del ejercicio ilegal o arbitrario de los cuidados familiares.

3.3 Desarrollo legal.

La prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes como lo establece la ley 1098 de 2006 (Código de infancia y adolescencia Colombiano), tiene como principio orientador de dicho estatuto, el del interés superior con alcances generales en lo concerniente a políticas públicas y en el ámbito operativo, que permite la toma de decisiones que dan el privilegio a la guarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, promoviendo su protección por medio de mecanismos jurídicos y sociales que el interés superior predica ante situaciones que deben ser armonizadas ante una situación de conflicto en donde los menores se vean inmersos.

El artículo 9 de la misma ley instaura que: *"En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescentes"* principio que se encuentra contenido en la Convención sobre los Derechos de los Niños, del cual surge el reconocimiento de los posibles conflictos que se pueden dar en el orden social, en relación entre los derechos de los niños y derechos de los demás. El Interés Superior es el marco que orienta la categoría de los derechos de los menores como especial y a razón de esto de interés exclusivo a cada caso en particular y la garantía a los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los derechos de los demás.

Radica lo anterior en que al niño, niña o adolescentes se les deben otorgar tratos preferentes, coherente con su determinación jurídica y su calidad de sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de

la sociedad por sobre cualquier otro derecho. En virtud de los principios que consagran la Constitución y los tratados y convenios internacionales sobre protección integral, interés superior y prevalencia de los derechos de los niños niñas y adolescentes, el legislador también debe garantizarlos, evitando su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva. Tal se consagra en el artículo 41, numeral 28, del código de infancia y adolescencia es:

> "El Estado en el contexto institucional del desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: …Protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual".

Dando lugar así a que en cabeza de todos y cada uno de los agentes estatales, recaiga la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes*".*

En síntesis, el proceso de asignación de custodia y cuidado personal de los hijos, se establece bajo los parámetros legales y mandamientos constitucionales vigentes en Colombia, a partir de la promulgación de la Carta Política de 1991, y la adopción de la Convención de los Derechos del Niño.

De esta forma, se configura todo un cuerpo legal sobre el cual los operadores judiciales se encuentran sometidos bajo el imperio de estas normas, para que en procesos de asignación de custodia se privilegie con la protección a los niños, niñas y adolescentes, y se determine bajo este contexto el ambiente más sano para el desarrollo del menor, sin que medie en la decisión un criterio específico sobre la madre o el padre.

Capítulo 4. Estudio De Proporcionalidad Entre El Principio De Protección Integral De Los Niños, Niñas Y Adolescentes Y Los Derechos De La Progenitora En Los Procesos De Asignación De Custodia Personal De Los Hijos En El Ordenamiento Jurídico Colombiano

Finalmente, hemos llegado al punto de discusión de la monografía, en la que con fundamento en los criterios expuestos en los tres capítulos anteriores, se contextualizara un análisis haciendo referencia a la asignación de la custodia y el cuidado personal de los hijos, en relación con los derechos de los padres, puesto que existe una tendencia a que los niños, niñas y adolescentes estarán en un mejor ambiente para su desarrollo, cuando se asigna la custodia a la madre.

Para ello, lo primero que diremos es que el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido estructurado y consolidado bajo el mandato del principio de protección y primacía del interés superior del menor, es decir, que siempre prevalecerán los derechos de los niños, niñas y adolescentes, máxime cuando se trate de derechos fundamentales, lo que obliga a que todo el marco legal vigente, armonice con los preceptuó de la Carta Política de 1991, y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada bajo el contexto del bloque de constitucionalidad.

Además, de los preceptos dispuestos en el marco constitucional, tenemos que la norma jurídica a partir del derecho penal, establece limitaciones cuando la custodia es ejercida de manera arbitraria, impidiendo que los padres vulneren los derechos del menor, en razón de hacer prevalecer los suyos para compartir con sus hijos.

Las normas de índole internacional, además reconocen que los niños, niñas y adolescentes desde el momento de su nacimiento tienen derecho a conocer a sus padres, y

también a ser cuidados por ellos, y mantener relaciones personales y contacto directo cuando su crecimiento se establezca en relaciones de padres separados, toda vez que cuando se vulnera esa relación, directamente se está afectando el ámbito de los derechos del niño. Al respecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familia, a través del Concepto 139 de 2012, ha dicho que:

> El derecho de visita es un derecho de los niños, niñas y adolescentes para comunicarse y compartir con sus padres posición que es respaldada por disposiciones constitucionales que consagran el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos, la ley no establece restricciones para el cumplimiento de dicho derecho, pero es la autoridad competente quien de acuerdo al caso específico determinará la viabilidad o no de la intervención de un tercero. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,. Concepto 139 de 2012)

De esta forma, la custodia y cuidado personal de los hijos se resume a un trámite que se establece mediante conciliación, y en el cual se dejan claras las obligaciones de los padres para con los hijos, luego se asigna a uno de los padres la custodia personal de sus hijos, y al otro padre se le configura un régimen de visitas, que deberá cumplir, sin obstaculizar los parámetros pactados con el padre custodio, puesto que se hacerlo, se configuraría una vulneración a los derechos del menor, y además podría incurrir en la conducta establecida dentro del Código Penal como ejercicio arbitrario de la custodia.

Es decir, que la figura de custodia y cuidado personal de los hijos, se establece bajo un marco legal, que a su vez no configura un pleno escenario de garantías para el menor, puesto que esta figura, debiese establecerse para que el menor hijo de padres separados, no se desarrolle en un ambiente, en el cual solo comparte ciertos momentos con sus padres, sino

que pueda estructurarse un régimen para que ambos padres estén presentes, aun sin mantener un entorno de familia o relación de pareja, toda vez que este es el mandato dispuesto por la Constitución Política.

De acuerdo con el estudio realizado por Castro, (2015), esta forma de establecer o asignar la custodia y el cuidado personal de los hijos, desencadena problemas en el desarrollo de los niños niñas y adolescentes, enfocados en su conducta .ya que ambos padres dan a los niños códigos de moral, los cuales demarcan limites, normas y patrones de conducta social, con la finalidad de servir en la sociedad y no ser destructiva en ella.

Además añade que:

> De igual forma los dos padres tienen un papel importante y significativo en todo el desarrollo emocional de los niños niñas y adolescentes, se deben involucrar y ser más participativos en la crianza y cuidado de sus hijos, pero dicha postura está totalmente limitada por nuestro ordenamiento al dejar solo la custodia en uno de los padres, dejando en cabeza de este padre toda la responsabilidad de educar a alguien que a futuro sea una persona que aporte cosas positivas a nuestra sociedad; nuestro ordenamiento ha dejado al padre no custodio como un simple sostén económico.

En Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 y la promulgación del Estado Social de Derecho se ha promovido el principio de primacía sobre la protección de los niños, niñas y adolescentes, dando reconocimiento también a los instrumentos internacionales que regulan dicha materia como la Convención de los Derechos del Niño.

Sobre este ámbito se ha regulado el ordenamiento jurídico buscando que siempre prime el interés del menor, reduciendo el ámbito de desarrollo de los derechos de los adultos, con el fin de proteger dichos derechos fundamentales y constitucionales.

De la misma forma la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se crea el Código de Infancia y Adolescencia consagran la responsabilidad parental, compartida y solidaría, en la que se establecen las obligaciones de ambos padres en lo concerniente a la orientación, cuidado, crianza y acompañamiento de los menores de edad durante su proceso de desarrollo y formación, prohibiendo así mismo el ejercicio de las formas de violencia que le impidan al niño, niña o adolescente un desarrollo acorde al mandato constitucional y legal.

Lo que permite concluir que la figura de la custodia y el cuidado personal de los hijos configura un conjunto de derechos y obligaciones de los padres, pero siendo claros que sobre esta figura están legitimados tanto el padre como la madre, a no ser qué uno de estos fallezca, debido a que la misma es una institución jurídica regulada en el derecho constitucional y civil colombiano, y por lo tanto es irrenunciable, intransferible, imprescriptible y temporal.

Por lo tanto si nos referimos a que existan parámetros para otorgar la custodia y cuidado personal de los hijos en Colombia a la madre, en razón de su género y alegando que la crianza de los hijos se desarrolla de manera idónea resulta contrario a la norma, toda vez que cuando hablamos dentro del ordenamiento jurídico de la custodia y el cuidado personal de los hijos, el mandamiento constitucional y legal hace referencia al reconocimiento de derechos y obligaciones para el padre y la madre, y por lo tanto no se podrá otorgar bajo argumentos de género y demás, única y exclusivamente a la madre.

Lo contrario ocurre cuando los hijos no conviven con ambos padres, y entonces se define la custodia de los mismos bajo el procedimiento estipulado legalmente en Colombia, y el cual ha determinado por regla general el otorgamiento de la custodia a la madre.

Al respecto afirmó la Corte Suprema de Justicia, que lo que existe en Colombia en la actualidad es que la "custodia queda en cabeza de la mamá y el papá tiene una posibilidad de regulación de visitas, y es que lo puede visitar los fines de semana. (Corte Suprema de Justicia , Sala Civil, Sentencia STC12085－2018)

Sin embargo, tal posición no resulta absoluta, ni inmodificable, toda vez que la Corte Suprema de Justicia ha establecido, en la misma Sentencia STC 12085 de 2018, que:

> Que si bien la custodia compartida de los menores surge en la mayoría de casos a partir de la separación de los padres, la cual en algunas ocasiones va aparejada de la inexistencia de domicilios comunes, debe privilegiarse el vínculo familiar, el apoyo y el amor necesario para su crecimiento, así como la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos ascendientes.

Y además estimó la Corporación que en primacía del principio de interés superior se puede optar por un sistema alterno para con los menores, en relación al tiempo y los lugares de residencia con cada uno de los progenitores, en tanto el padre como la madre cuenten con las capacidades físicas y sicológicas para establecer una relación directa con ellos y garantizar las prerrogativas y necesidades del infante. (Corte Suprema de Justicia , Sala Civil, Sentencia STC12085－2018)

Bajo estos argumentos jurídicos y en respuesta a la pregunta formulada la respuesta más adecuada es que efectivamente el ordenamiento jurídico colombiano responde de forma positiva a la materialización del principio del interés superior para la protección de los niños,

niñas y adolescentes, y respecto a la custodia de los hijos esta es una institución jurídica que le corresponde a ambos padres, sin que medien ideologías de género ni ningún otro argumento, puesto esta figura hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones de ambos padres sobre sus hijos, y sobre la cual no podrán renunciar ni desistir de ella.

Ahora bien respecto, a la custodia temporal que se otorga en los casos de los padres separados, ya la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Civil hizo claridad sobre el tema de la preferencia de la madre para asignar esta figura, se ha dispuesto que los jueces de familia pueden tras escuchar los argumentos de los menores y de los peritos, establecer una forma diferente de establecer la custodia temporal, donde no se pierda el vínculo con la familia materna y paterna, a través de un nuevo pronunciamiento en el que exhorta a los jueces a materializar la custodia compartida, de la cual no se goza de un profundo y avanzado estudio jurídico en Colombia, razón por la cual se puede afirmar que no existen preferencia en razón de la madre para otorgar la custodia temporal, toda vez que siempre prevale el interés superior del menor..

En síntesis, se concluye que bajo el marco legal y jurisprudencial actual, existe un parámetro claro de igualdad entre los padres a la hora de asignar la custodia personal y el cuidado de los hijos, cuando los padres no conviven bajo el entorno del hogar, prevaleciéndose los derechos del niño, niña o adolescente, y dejando claro que el operador judicial, bien sea el defensor de familia, el comisario de familia y los demás agentes de la justicia facultados, deberán determinar el mejor ambiente para el desarrollo del menor.

Sin embargo, también es importante resaltar y concluir que el marco jurídico presenta falencias en cuanto a las disposiciones establecidas para el padre o la madre (no custodio) puesto que solamente se habla de régimen de visita y obligaciones, pero no se preceptúa sobre la importancia que tiene este progenitor en las decisiones y del crecimiento del menor,

razón por la cual la norma, resulta siendo violatoria del derecho a la familia, tal como lo dispone la Carta Constitucional, toda vez que no se establece una figura que permita al menor, contar en todo momento con la figura paterna y materna, sino que se debe establecer un régimen de horas o días a la semana para compartir tiempo con el padre que no obtuvo la custodia personal.

Bajo esta perspectiva, asegura Castro, (2015) que:

> Desde esta perspectiva es necesario sensibilizar a los padres que afrontan el proceso de separación y asignación del cuidado personal de sus hijos por dicha causa, en el niño probablemente afecta su rendimiento académico, su autoestima se ve afectada al verse solo con uno de sus padres mientras que sus compañeros se acompañan de los dos padres, además surgen incógnitas que no pueden resolver desde su conocimiento infantil. En tanto puedan comprender que la figura de padres que no conviven juntos, produce un impacto emocional en los niños, niñas y adolescentes, creciendo con temor y posteriormente se les dificulta entablar relaciones amistosas. Cuando se les comunica la decisión de la pareja todo el sistema organizativo y el concepto de familia se viene abajo, el niño debe reestructurar sus conceptos y no resulta una tarea sencilla. Es necesario que tanto padres entiendan que llegar a un acuerdo resulta beneficioso para todos, la separación es de los padres no de los hijos, la separación o decisión de no convivir juntos no supone perdida de alguno de los padres , los niños no son propiedad exclusiva del padre o la madre, esta decisión de no convivir juntos no significa que las obligaciones educativas y económicas compartidas cesen, debe prevalecer la calidad de relación y tiempo

compartido con los hijos, de ninguna manera se debe usar a los hijos mara manipular al otro y facilitar a los hijos la adaptación a nuevas parejas.

Conclusiones

En lo revisado, la familia constituye hoy por hoy la institución más protegida por el legislador puesto que enmarca el núcleo esencial de la sociedad y la organización de los seres humanos, a su vez es la Constitución Política de 1991, el eje jurídico principal del reconocimiento de dicha institución y el marco de sus garantías en derechos, deberes y obligaciones que se derivan del vínculo familiar.

Además de la protección jurídica a esta institución, se ha trazado el parámetro de primacía de protección para los menores de edad, en razón de la cual actúan los operadores judiciales cuando se asigna la custodia y cuidado personal de los hijos, que configura el conjunto de derechos y obligaciones de ambos padres con sus hijos que se encuentra regulada constitucional y legamente, y la que opera para los padres separados buscando que los niños, niñas y adolescentes, se desarrollen dentro de un ambiente sano física, mental y moralmente.

De acuerdo con el desarrollo de la investigación, es posible concluir que el ordenamiento jurídico colombiano responde de forma positiva a la materialización del principio del interés superior para la protección de los niños, niñas y adolescentes, y respecto a la custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes esta es una institución jurídica que le corresponde a ambos padres, sin que medien ideologías de género ni ningún otro argumento, puesto esta figura hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones de ambos padres sobre sus hijos, y sobre la cual no podrán renunciar ni desistir de ella.

Ahora bien respecto, a la custodia temporal que se otorga en los casos de los padres separados, ya la Corte Suprema de Justicia en la Sala Civil hizo claridad sobre el tema de la preferencia de la madre para asignar esta figura, se ha dispuesto que los jueces de familia pueden tras escuchar los argumentos de los menores y de los peritos, establecer una forma

diferente de establecer la custodia temporal, donde no se pierda el vínculo con la familia materna y paterna, a través de un nuevo pronunciamiento en el que exhorta a los jueces a materializar la custodia compartida, de la cual no se goza de un profundo y avanzado estudio jurídico en Colombia, razón por la cual se puede afirmar que no existen preferencia en razón de la madre para otorgar la custodia temporal, toda vez que siempre prevale el interés superior del menor, el cuidado de los hijos es un derecho constitucional y legal ejercido por ambos padres, pero que para el caso de los padres separados se ha delimitado como temporal nuevas disposiciones que le permiten al menor convivir de manera diferentes sin perder el vínculo con ninguno de los dos padres

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (s.f.). *Constitución Política de 1991*. Recuperado el 2019, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Carbonell, J., Carbonell, M., & González Martín, N. (2012). *Las Familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho. Univer.* Universidad Autónoma del Estado de México, Instituto de investigaciones jurídicas.

Castro, G. M. (2015). *LA ASIGNACIÓN DE LA CUSTODIA Y PROTECCIÓN PERSONAL DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES**. Universidad Católica de Colombia. Recuperado el 2019, de https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15055/1/La%20Asignaci%C3%B3n%20de%20la%20Custodia%20y%20Protecci%C3%B3n%20Personal%20de%20las%20NNA%20en%20Colombia.pdf

Codigo Civil Colombiano (Congreso de la Republica).

Concepto 10 de 2015 (INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF). Recuperado el 2019, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000010_2015.htm

Convención sobre los Derechos del Niño (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia). Recuperado el 2019, de https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

Corte Constitucional. Sentencia C – 059 de 2005, Referencia: expediente D-5244 (Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.). Recuperado el 10 de Enero de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-059-05.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-1003/07, Referencia: expediente D-6833 (M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández). Recuperado el 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-1003-07.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-1003/07. Recuperado el 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-1003-07.htm

Corte Constitucional. Sentencia C-404, 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperado el 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-404-13.htm

Corte Constitucional. Sentencia T 266, 2006, Referencia: expediente T-1252267 (M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería). Recuperado el 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-266-06.htm

Corte Constitucional. Sentencias C-145, 2010, Referencia: expediente D-7833 (. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Recuperado el 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-145-10.htm

Corte Constitucional, Sentencia C – 1033 el 2002, Referencia: expediente D-4102 (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño). Recuperado el 05 de Enero de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-1033-02.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 2018, Expediente T-6.651.518 (Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo). Recuperado el 2019, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-351-18.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2003, Referencia: expediente T-734730 (Corte Constitucional. M.P. Alfredo Beltrán Sierra). Recuperado el 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-503-03.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). Recuperado el 12 de Diciembre de 2019, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm

Corte Constitucional, Sentencia T-868 de 2009), Referencia: expediente T-2324202 (Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.). Recuperado el 2019, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-868-09.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso: Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2010. Recuperado el 2019, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia STC12085－2018. Recuperado el 2019, de http://omarcolmenareslawyer.blogspot.com/2018/10/custodia-compartida-stc120852018.html

De Pina, V. R. (2005). *Diccionario de Derecho.* . México: Editorial, Porrúa.

Domínguez, G. L. (2007). *Derecho de familia: la patria potestad.* .

El tiempo. (2017). El género no es razón para negar la custodia a un padre, dice la Corte. Obtenido de https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/genero-no-es-razon-para-negar-custodia-a-un-padre-segun-la-corte-80932

García, D. N., & Mendizábal, B. (2014). *ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PATERNIDAD CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: UNA VISIÓN DESDE LA MASCULINIDAD.* Obtenido de https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870467015000032

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 139 de 2012.

Juárez, M. (2007). *La familia algunos cambios social.* Madrid: Micelania.

La igualdad jurídica de los padres. (s.f.). Obtenido de www.iin.oea.org: http://www.iin.oea.org/PatriaPotestad/marco_conceptual3.htm

Ley 1098 de 2006 (Congreso de Colombia). Recuperado el 2019, de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Ley 1564 de 2012, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. (Congreso de Colombia). Recuperado el 2012, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Ley 599 (Congreso de la Republica 24 de Julio de 2000). Recuperado el 2019, de https://www.unodc.org/res/cld/legislation/can/codigo-penal_html/Codigo_Penal.pdf

Ley 640 de 2001, Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones (Congreso de Colombia). Recuperado el 2019, de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html

Observatorio de Políticas de las Familias - OPF. (s.f.). *Tipologías de Familias en Colombia: Evolución 1993 a 2014.* Recuperado el 07 de Marzo de 2020, de https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion_dic3-(1).pdf

Oliva, G. E., & Villa, G. V. (2013). *Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización.* Recuperado el 07 de Marzo de 2020, de http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf

Petit, E. (1980). *Tratado elemental de derecho romano.* Argentina: Editorial Albatroz.

Planiol, M. (1997, p255). *Derecho Civil.* México: ed. Harla, Tomo 8,

Prieto, A. M. (2015). *EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA EN COLOMBIA: UNA MIRADA JURISPRUDENCIAL.* Universidad Santo Tomas. Recuperado el 07 de Marzo de 2020, de https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1494/Evolucion%20del%20Concepto%20de%20Familia%20en%20Colombia%20una%20Mirada%20Jurisprudencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Serrano, L. (2010). *Cuadernillos Avances. Derecho de Familia.* Bogota: Universidad Santo Tomas.

Soto, P., (1999, p 150, 151)). *"Nociones de Derecho Positivo Mexicano".* México: Editorial Esfinge,

Suarez, F. R. (2006). *Derecho de Familia.* Bogota: Editorial Temis S.A.