

Otorgamiento de la Custodia y Principio Superior del menor: Análisis en el Marco del Ordenamiento Jurídico Colombiano

María José Bermúdez Bernal¹

Valentynna Peña Bastidas²

Martha María Baigorri-Santacruz³

Resumen

En el presente artículo se efectúa un análisis de la custodia de menores dentro del ordenamiento jurídico colombiano, partiendo del reconocimiento y aplicación efectiva del principio transversal de interés superior del menor, en concordancia con la igualdad existente entre padres la cual, en ocasiones, puede llegar a ser vulnerada en la praxis judicial, si no se prioriza criterios jurídicos y psicológicos objetivos que procuren garantizar la adopción de decisiones centradas en la protección de los menores, toda vez que en Colombia se presenta vacíos jurídicos que pueden favorecer y propiciar análisis fundados en estereotipos, desconociendo criterios objetivos que deben seguir las autoridades competentes para la adopción de este tipo de decisiones.

Por esto, el paradigma utilizado para llegar a los resultados de este artículo es cualitativo, con aplicación de un tipo de investigación descriptivo documental, proceso que incorpora un enfoque histórico hermenéutico; para ello, se utilizó como técnicas de recolección de información, la revisión documental, siendo el medio ideal para identificar y conocer los criterios existentes y necesarios para otorgar la custodia de menor de edad.

Palabras clave: Interés superior del menor; principio; custodia; ordenamiento jurídico colombiano; igualdad de género.

Granting of Custody and Superior Principle of the minor: Analysis in the Framework of the Colombian Legal System.

Abstract

In this article, an analysis of the custody of minors is carried out according to the Colombian legal system, based on the recognition and effective application of the transversal principle of the best interests of the minor, in accordance with the equality existing between parents, which on occasions can reach to be violated in judicial practice, if objective legal and psychological criteria are not prioritized, which seek to guarantee the adoption of decisions, focused on the protection of minors since, in Colombia, there are legal gaps, which can favor and promote analysis based on stereotypes, ignoring objective criteria that the competent authorities must follow for the adoption of this type of decision.

That is why the paradigm used to reach the results of this article is qualitative, with the application of a type of descriptive documentary research. This process incorporates a hermeneutical historical approach, for which the documentary review was used as information gathering techniques, being the ideal means to identify and know the existing and necessary criteria to grant custody of minors.

Keywords: Best interests of the minor; principle; custody; Colombian legal system; gender equality.

¹Estudiante del Programa de Derecho, Universidad Mariana. Correo electrónico: majo2ber@gmail.com

²Estudiante del Programa de Derecho, Universidad Mariana. Correo electrónico: valentynna.p.bastidas@gmail.com

³Docente del Programa de Derecho, Universidad Mariana. Correo electrónico: mbaigorri@umariana.edu.co

Outorga da custódia e princípio superior do menor: análise no marco do ordenamento jurídico colombiano.

Resumo

Neste artigo é feita uma análise da guarda de menores de acordo com o ordenamento jurídico colombiano, a partir do reconhecimento e da efetiva aplicação do princípio transversal do interesse superior do menor, de acordo com a igualdade existente entre os pais, que em ocasiões pode chegar a ser violado na prática judicial, se não forem priorizados critérios jurídicos e psicológicos objetivos, que buscam garantir a adoção de decisões, voltadas para a proteção de menores, visto que, na Colômbia, existem lacunas jurídicas, que podem favorecer e promover análises baseadas em estereótipos, ignorando critérios objetivos que as autoridades competentes devem seguir para a adoção deste tipo de decisão.

Por isso, o paradigma utilizado para chegar aos resultados deste artigo é qualitativo, com a aplicação de uma espécie de pesquisa documental descritiva; esse processo incorpora uma abordagem histórica hermenêutica, para a qual a revisão documental foi utilizada como técnica de coleta de informações, sendo o meio ideal para identificar e conhecer os critérios existentes e necessários para a concessão da guarda de menores.

Palavras-chave: Superior interesse da criança; princípio; custódia; sistema legal colombiano; igualdade de gênero.

1. Introducción

Con la expedición de la Constitución de 1991 y la posterior promulgación de la Ley 1098 de 2006, conocida como ‘Código de Infancia y Adolescencia’, los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) tomaron en Colombia, una significativa relevancia en el marco del ordenamiento jurídico, protección que se hace extensiva en aquellos casos en los que los menores pueden verse afectados en su integridad personal, en términos amplios; esto es, no solo su bienestar físico sino además, su salud mental y emocional.

Asimismo, se debe resaltar que Colombia ha suscrito diferentes tratados internacionales y que los avances de su legislación para la protección integral de los menores ha tenido como fundamento, el desarrollo de la temática a nivel internacional, lo que hace que el estudio jurídico de figuras como la custodia de menores, no solo se limite a las normas actuales vigentes, sino también a una reflexión histórica y del contexto internacional y nacional, en procura de una mayor comprensión de la situación y de la real aplicación práctica del interés superior del menor, como criterio transversal en la adopción de decisiones judiciales.

En consideración, los cambios sociales respecto a los roles del hombre y la mujer ponen en evidencia que los dos géneros están en la capacidad de responder tanto económica como moralmente ante la sociedad y, en especial, ante el hogar; por esta razón, ambos, apegados al principio de igualdad, detentan ante la ley, los mismos derechos y deberes hacia sus descendientes; por eso, la legislación en procura de salvaguardar a los NNA, al integrar diferentes leyes y mecanismos como el Código de Infancia y Adolescencia, Código Civil Colombiano y Declaración Universal de los Derechos de los Niños y Niñas, en conjunto, desarrollan normas y principios que reflejan la necesidad de aplicación de un criterio de igualdad que, amparadas en evidencias objetivas, permiten al Estado intervenir en la defensa de los menores, pese a que el derecho de familia ostenta un carácter eminentemente privado.

En este entorno se presenta situaciones en las cuales se evidencia la ruptura de los lazos afectivos entre los padres, siendo necesario decidir si será el padre o la madre quien ejerza las labores de cuidado de los menores a través de la figura jurídica de la custodia, procurando el ejercicio máximo de sus derechos fundamentales, idea en la que debe verse reflejado, el principio del interés superior del niño, del cual surge la creación de esta institución.

Teniendo como referente esta realidad, se ha pretendido identificar la existencia de los criterios que los Juzgados de Familia del Circuito de Pasto aplican en las decisiones con relación al otorgamiento de la custodia de los hijos menores de edad, en cabeza del padre,

la madre o custodia compartida. Siendo esto el objetivo general del proceso de investigación desarrollado a través de los semilleros de investigación del Programa de Derecho de la Universidad Mariana, se ha propuesto la necesidad de realizar un estudio a fondo del ordenamiento jurídico colombiano con respecto al derecho de custodia de los padres frente a sus hijos menores de edad, como información fundamental, para determinar si este tipo de criterios establecidos por la ley, la jurisprudencia y el contexto internacional, están siendo efectivamente aplicados por los Jueces de Familia del circuito judicial de la ciudad de San Juan de Pasto.

El artículo presenta una descripción de la regulación de la custodia de menores, resaltando la igualdad que tienen los dos progenitores, no solo ante los derechos y deberes que tienen hacia sus hijos, sino también, a cómo debe ser tratado este tipo de temas por parte de los operadores judiciales, haciendo referencia a las pautas o directrices que están dispersas en el ordenamiento jurídico colombiano, las cuales deben ser aplicadas de la mano de los principios y derechos fundamentales que establecen la carta política y el bloque de constitucionalidad, siendo el principio del interés superior del menor, una de las directrices básicas y principales en temas en los que se ve inmerso la custodia de un NNA.

La custodia de menores en el ordenamiento jurídico colombiano

A partir de la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano comenzó a avanzar en importantes conceptos ligados al Estado Social de Derecho y a la dignidad humana, entre estos, en su artículo 44, la consagración de la importancia de los derechos de todo menor de edad y la imperatividad de su cuidado y protección, especificando que esta obligatoriedad se debe aplicar en todos los ámbitos, ya que estos necesitan desarrollarse en un ambiente sano, armónico e integral, con el cumplimiento pleno de los derechos que tienen, por el simple hecho de existir; de manera que esta protección debe provenir principalmente de su núcleo familiar y, al mismo tiempo, del Estado y la sociedad, en procura de la prevalencia de sus derechos, por su estado de indefensión y vulnerabilidad. Esta condición de debilidad manifiesta se debe a que se encuentran en una etapa de crecimiento y desarrollo en la que su condición económica, física o mental no es estable y depende totalmente de las circunstancias que lo rodeen en cada momento, situándose en una situación de desigualdad con relación a los demás integrantes de la sociedad.

Por consiguiente, el legislador establece unos derechos y unos deberes de los progenitores, de tal suerte que se dé el uso del proceso de custodia, como el mecanismo efectivo para lograr el cumplimiento de los derechos mencionados; en este sentido, debe decirse que, a efectos de comprender el alcance de los derechos que el Estado establece, se debe hablar de la patria potestad, haciendo referencia a Aristóteles, quien dice que se la considera como la *philia* (la afección), que es lo que une a los miembros de una misma descendencia y la cual hace que el padre ame a su hijo y busque su bien. Vale aclarar que ésta no es una obligación impuesta al padre, sino que nace del derecho natural; sin embargo, con respecto a la madre, no existe ninguna relación jurídica; en esa época no existía ninguna regulación dirigida en sí a la familia ni al niño, sino simplemente a la autoridad que representa al padre.

Según el Derecho Romano, la patria potestad (*patria potestas*) tenía que durar hasta la muerte; en este caso, quien ejercía esta institución era el *paterfamilias* denominado el padre o abuelo que estaba a la cabeza de la familia, quien ejercía un poder ilimitado sobre el menor y podía tomar la decisión hasta de acabar con la vida de él, pero sí era sin justa causa, el *paterfamilias* tendría una sanción por parte de las autoridades.

A partir del Derecho Moderno, se sigue conservando la autoridad de los padres hacia los hijos, limitando cierto poder, para evitar maltratos y abusos; entonces, como en el Derecho Romano, esta potestad se tenía hasta la muerte de la persona; en el derecho moderno, cambia y la potestad se la ejerce solo hasta que el NNA cumple la mayoría de edad, se emancipa, o la pierde mediante sentencia judicial proferida por una autoridad competente.

Es así como como la patria potestad tiene un alto contenido social debido a que es una institución jurídica que se manifiesta a partir del imperio de la ley y, su raíz es la procreación. Esta figura de carácter público tiene como objetivo principal, proteger durante la minoría de edad a la persona y a sus bienes.

Dicha institución se da porque el NNA, al ser un menor de edad, es una persona de poca madurez al momento de vivir y valerse por sí solo; por lo tanto, es una necesidad natural que se tiene para velar por su protección, ante cualquier abuso o maltrato que se presente por la sociedad o por su núcleo familiar; igualmente, para el acompañamiento y apoyo como representante, cuando se celebre actos jurídicos, pasando a ser una figura de suma importancia, confiriendo a ésta, derechos y obligaciones a los cuales no se puede renunciar por parte de los padres. En caso de que los padres no se encuentren en la capacidad de ejercer esta obligación, pasará a los abuelos para que ellos desempeñen el rol para la sobrevivencia del menor y puedan brindar la adecuada protección.

La patria potestad es susceptible de suspenderse, como lo establece el artículo 310 del Código Civil Colombiano (1873), por las siguientes causas: a) por demencia de uno de los padres; b) por estar uno de ellos en entredicho de administrar sus propios bienes, como es el caso de los padres declarados incapaces para valerse por sí mismos; c) por su larga ausencia, lo cual comprende el desentendimiento absoluto del cumplimiento de sus obligaciones de padre. Sin embargo, la suspensión de la patria potestad en los casos anteriores, jamás exonera al padre afectado, del cumplimiento de sus deberes.

Adicionalmente, la patria potestad termina de acuerdo con las causales del artículo 315 de la mencionada norma: 1a) Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño; 2a) Por haber abandonado al hijo; 3a) Por depravación que lo incapacite de ejercer la patria potestad; 4a) Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a un año (Código Civil).

Entonces, por el hecho de que el niño sea menor de edad, ya está en constantes condiciones de indefensión; por ende, necesita el acompañamiento de sus padres, entrando ya en una situación jurídica donde el legislador y las personas que imparten justicia, busquen que tenga una atención especial al momento en que se tome una decisión.

De este modo, ha de entenderse el ejercicio de la patria potestad, como un derecho reconocido a los padres de manera conjunta y en condiciones de igualdad legal y material; además, constituye la garantía de protección y cuidado permanente de los hijos menores de edad, permitiendo la materialización de los derechos fundamentales de los NNA. Así las cosas, la patria potestad da paso a la configuración de derechos en cabeza de los padres, tales como:

La representación, entendida como la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres. El hijo de familia solo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicará las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador *ad litem*.

En las acciones civiles contra el hijo de familia, deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicará las normas del Código de procedimiento Civil para la designación de curador *ad litem*.

Así mismo, se reconoce el derecho de Administración, denominado también como los derechos de administración de los bienes. El usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.

Si uno de los padres falta, corresponden los mencionados derechos al otro.

En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el inciso primero de este artículo o, en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o funcionario que la ley designe para que dirima la controversia, de acuerdo con las normas procesales pertinentes. (Regulación de la Patria Potestad, s.f., p. 2)

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. (Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, p. 6)

Por eso, la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2017) establece que, custodia es una relación que tiene uno o ambos padres con los hijos, para velar por la protección del menor, donde los padres entran a tener obligaciones hasta que el NNA pueda valerse por sí solo; por ello, un juez, de manera constitucional, está en la obligación de evaluar en cada caso si el mecanismo de defensa judicial que se presenta al momento de dar la custodia brinda la adecuada protección inmediata para el derecho del menor que se podría estar vulnerando o amenazando.

Domínguez (2011) sostiene:

Todos los niños y cuanto más pequeños son, están en condiciones de indefensión desde cualquier ángulo de observación, inocencia, falta de conocimientos, debilidad física comparada con los mayores. Confianza, manualidad, influenciabilidad, etc., son las características constantes de los primeros años de edad, su madurez mental es mínima [...] no se bastan ellos mismos [...] su debilidad física los hace llegar a ser víctimas de malos tratos, de explotaciones, de abusos en general y particularmente sexual, de pornografía infantil, de prostitución, de pederastia, y en general, de todo aquello motivado por la fuerza física y la prepotencia e impunidad de los mayores [...] no tienen a su alcance medir riesgos, los peligros ni en general, las consecuencias de sus conductas. (p. 601)

El Código General del Proceso, por medio de artículos como el 21, numeral 3 y artículo 28, dicta la manera por medio de la cual serán resueltos los casos de custodia; es decir, por medio de un juez de familia, en única instancia, con competencia territorial del lugar donde vive el menor. Asimismo, en el Código de Infancia y Adolescencia, que parte de la aplicación del interés superior del menor ubicado en el artículo 8, establece como obligación para toda la sociedad, su cuidado y bienestar, tratando diferentes temáticas referentes al buen desarrollo del menor y, entre estos, lo que es la custodia y cuidado personal, ubicados en el artículo 23.

Igualmente, la Corte Constitucional, cumpliendo sus funciones de salvaguardar la supremacía de la constitución, en la Sentencia T 510 de 2003, menciona seis criterios orientadores para que los jueces de familia y de tutela empleen en las decisiones de los casos. Estos pueden ser resumidos de la siguiente manera:

1. Garantía del desarrollo integral del menor.
2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.
3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos.
4. Equilibrio con los derechos del niño.
5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.
6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

Los cuales deberán tener como punto de partida, el interés superior del menor, el cual prevalecerá, en cualquier caso.

En los últimos años se ha presentado diferentes proyectos de ley encaminados a establecer pautas para regular la custodia de los NNA en Colombia; entre ellos, el proyecto de ley 162 de 2007, 249 de 2008 y 035 de 2014, los cuales hasta el momento no han sido aprobados por el Congreso y se presume su archivo, fundamentándose constitucionalmente en los artículos 13 y 44; en su exposición de motivos tocan tres temas muy importantes: 1) la inexistencia de una norma que regule debidamente los procesos de custodia, no solo con respecto a su parte procesal, sino a las pautas y directrices que debe tener una autoridad para llevar el proceso, tomar sus decisiones, salvaguardar al menor durante y después del proceso. 2) la necesidad de que los dos padres sean responsables y estén participando activamente en la vida de los menores; es decir, sin importar la separación que tengan como pareja, es fundamental salvaguardar el derecho a tener una familia y a estar rodeados de un ambiente sano y armónico; y 3) trabajar por la igualdad entre padre y madre, de manera que se elimine los estereotipos existentes, basados en una sociedad antiguamente *patriarcal*, con la intención de garantizar la participación igual de los dos padres en la vida del menor, no solo en el ámbito familiar sino también en el económico.

Interés superior del menor

El interés superior del menor, a pesar de estar presente en la legislación colombiana como derecho y principio, tuvo una gran evolución, comenzando con la intervención de personajes como Henryk Goldszmit, más conocido como 'Janusz Korczak' y, Eglantyne Jebb quienes, en el siglo XX aportaron la idea de que los menores, como seres humanos, están en etapa de desarrollo físico y mental y, por ende, merecen mayor protección, cuidado y atención debido a su estado de indefensión, en comparación a los adultos, manifestando la necesidad de brindarles protección, entendiéndose que esta acción tendrá como resultado, la futura sociedad y Estado.

A nivel internacional, primero se encuentra la declaración de Ginebra de los derechos del niño en 1924, escrito con la ayuda de Eglantyne Jebb, la cual, empero no tener carácter vinculante para los estados, viene a ser una de las primeras manifestaciones en busca de la protección del menor.

Asimismo, después de la segunda guerra mundial se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), se redactó la Declaración de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del niño en 1959, la Convención de los Derechos del niño en 1989, entre otros, los cuales han sido mecanismos que desde esa época han velado por el bienestar de los niños y de sus padres, aplicando principios y conceptos guiados a la protección y cuidado que necesitan los NNA por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

En cuanto a Colombia, es vital tener en cuenta que el concepto de interés superior del niño, a partir de la ratificación de los convenios mencionados y de la reafirmación de su importancia por medio de la Constitución, jurisprudencia y diferentes leyes, funciona como un principio que debe ser entendido como un mandato de optimización. Según la jurisprudencia colombiana, en Sentencia T-406 de 1992 en la cual se presenta un análisis y se menciona diferentes características de estos, comienza por afirmar que "...los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial..." (párr. 55); a su vez, la Corte también se manifiesta con respecto a su aplicación diciendo que "...los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden..." (párr. 53), permitiendo interpretar que, de la mano de los principios, va la actualidad de la sociedad y, a partir de esto, nace el nuevo derecho:

"...Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental..." (párr. 54)

El artículo afirma:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (párr. 118)

Confirmando lo anterior, al decir que estos principios son bases fundamentales para la creación y solución del derecho vigente; por lo cual, en concordancia, la Corte nuevamente afirma que:

[...] En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial [...]. (párr. 68)

Afirmación que ratifica lo establecido por la Constitución de 1991 y el Derecho internacional, los cuales permiten entender que el interés superior es principio y que, en cualquier tipo de decisión en el que se vea inmerso un NNA, éste será tomado como directriz fundamental a razón de su concepto sustancial y dado que el menor goza de mayor importancia por la naturaleza y carácter que tiene como ser en etapa de desarrollo, tanto física como mental y que necesita de una mayor protección.

Un claro ejemplo es dado por la Corte Constitucional en Sentencia T-214 de 2014, donde menciona la sentencia T-408 de 1995, la cual fue una revisión de tutela sobre una niña que no

podía visitar a su progenitora porque ésta se encontraba recluida en la prisión. La sentencia explica y analiza la especial protección y atención que merecen los niños y, afirma que existe una característica...

(1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. (párr. 82)

Es importante entender la necesidad de la aplicación de este principio de manera correcta por parte de las personas encargadas de administrar justicia para este tipo de casos, en especial, porque éstas deben actuar e ir de la mano de los mismos caracteres y reglas. Es esencial tener en cuenta que, para cada menor, lo referente al interés superior ha de variar, ya que éste dependerá de sus creencias, países, costumbres, edad y diferentes factores que lo rodean, los cuales aportan para su desarrollo. Los encargados de decir cuál es el interés superior del niño, sin importar los diferentes aspectos, estudios y demás, deben encaminarse hacia uno solo, siendo ésta la razón por la que no deben discrepar entre ellos.

Cuidado de los hijos: una cuestión de estereotipos de género

En Colombia, al hacer una retrospectiva a su historia y evolución, se observa que sus costumbres nacen a partir de una sociedad patriarcal, término utilizado para designar que la autoridad la ejercía el varón, como jefe de familia, dueño del patrimonio y quien se hacía cargo de los hijos, la esposa, los esclavos y todos los bienes que adquiría, siendo la familia, entonces, una institución básica del orden social.

En las narraciones que se hace con respecto al origen o la creación de los sistemas de organización social y política del mundo público y privado, se halla historias conjeturales, afirmando que la sociedad surge desde la familia patriarcal. Es así como, el poder patriarcal que ejercen hacia los miembros de la familia, tiene un origen divino fundado en el acuerdo de voluntades y, por esto, el dominio de los varones hacia las mujeres se mantuvo.

María-Milagros Rivera Garretas (2012) afirma que existe una estructura fundamental para el patriarcado, la cual tiene que ver con las relaciones sociales de parentesco y las dos instituciones esenciales para la vida de las mujeres: la heterosexualidad obligatoria, necesaria para la continuidad del patriarcado, ya que expresa cierta obligación para la convivencia de hombre-mujer y un equilibrio en las tasas de masculinidad/feminidad. La segunda institución es el contrato sexual, poniendo a la mujer como un objeto para el hombre para satisfacer sus necesidades.

A partir de estos comportamientos normalizados y aceptados dentro de la sociedad, se observa cómo esta figura patriarcal siguió funcionando durante varios años, en los cuales, a pesar de haberse enfrentado a los cambios que traía la sociedad debido al reconocimiento de derechos y a la evolución del ser humano, mantuvo su esencia referente a los roles principales de hombre y mujer, sin dejar atrás la relación de poder por razones de sexo.

A raíz del reconocimiento de los Derechos Humanos y la dignidad humana, en varios países se empezó a crear movimientos feministas que buscaban se reconociera los derechos a la mujer y, además, cambiar la opresión patriarcal existente, modificando el concepto del rol de la mujer en la sociedad. A nivel nacional, cabe resaltar la manifestación que hubo en el año 1954, que logró el reconocimiento al voto de la mujer por medio del acto legislativo No. 3 de la Asamblea Nacional Constituyente, momento histórico dado bajo la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla (Vallejo Franco, 2017).

A pesar de los varios intentos por materializar la igualdad de género, es a partir de la entrada de la Constitución Política de 1991 que se reafirma la verdadera igualdad:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley; recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades

sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y, sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometa. (Artículo 13)

De modo que, su implementación en todo el ordenamiento jurídico ha obligado a que la sociedad, poco a poco, vaya cambiando su pensamiento, creencias y costumbres, de tal manera que la mujer goce de los mismos derechos y deberes que el hombre y, por consiguiente, cambie el rol asignado dentro de la sociedad.

De igual forma, el derecho internacional ha reconocido la existencia de actos discriminatorios y violentos en contra de la mujer, estableciendo una especial protección hacia ellas, argumentando que cualquier acción u omisión hacia la mujer, por el simple hecho de serlo, se considera una vulneración directa a los derechos y libertades que cada ser humano adquiere desde el momento de su nacimiento.

En este punto, es relevante partir de que este tipo de violencia hacia la mujer y el imperativo de comportamientos asignados a razón del sexo, sigue siendo una constante dentro de la sociedad, entendiendo que la costumbre, la cultura y la religión han creado estereotipos que han permanecido durante varias generaciones, permitiendo que actualmente sigan algunos presentes, ya sea como actitudes o sismos. Entre estos estereotipos están los referentes a hombre-mujer, entendidos como la crítica o perjuicio que se amplía de manera trascendental acerca de los atributos o características que tanto hombre como mujer deben adquirir, según la función social que debe desempeñar, de acuerdo a su sexo. Pueden ser clasificados en dos tipos: los primeros son un estereotipo hostil y negativo; por ejemplo, las mujeres son irracionales; un segundo estereotipo, aparentemente benigno, es cuando dicen que las mujeres son más protectoras; por eso, cuando se habla de cuidado del menor de edad, dicha responsabilidad suele recaer en la mujer, debido a esta concepción; de ahí que, cuando la sociedad y el Estado utilizan estereotipos de manera inadecuada, se vuelven dañinos, al generar un grado de discriminación de los derechos y libertades del hombre y/o mujer.

Acorde con esto, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1981), establece:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. (Art. 03)

En ese escenario, se entiende como imperativa, la implementación de medidas necesarias para la eliminación de estos estereotipos; sin embargo, hay casos en los que su erradicación se ha visto truncada; un ejemplo claro es el rol que se funge dentro de la familia, ya que, por una cuestión natural, es la madre la primera llamada a salvaguardar el bienestar de los hijos, desconociendo en varios casos la capacidad jurídica y humana que asiste a los padres para ejercer el cuidado. Por otro lado, es cierto que los estereotipos de género no pueden verse abocados en procesos judiciales en los cuales prima el principio de igualdad jurídica, por lo que resulta relevante identificar los criterios que utilizan los jueces al momento de otorgar la custodia sobre los NNA, tanto desde el plano de la garantía de sus derechos, como en el ejercicio pleno de los derechos de los padres.

Al realizar el respectivo análisis de la aplicación de los estereotipos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se da paso a la descripción de la jurisprudencia, la cual se considera fundamental para percibir correctamente un estado actual del tema a tratar.

Para el año 2017, la Corte Suprema de Justicia, actuando como la mayor instancia judicial en la jurisdicción ordinaria, en su Sentencia STC 5357 de 2017, presentó un caso de un litigio que se dio respecto a los derechos y obligaciones de los padres de una menor de edad: en el transcurso del proceso de custodia, en primera instancia, se hizo diferentes pruebas

interdisciplinarias en las cuales se evidenció que la menor deseaba permanecer bajo el cuidado de su progenitor e, igualmente, se menciona que los dos padres se encontraban con igual capacidad para tener la custodia. A pesar de lo señalado, la decisión sobre la custodia de la pre-adolescente fue otorgada a su madre, determinación que el juez competente fundamentó en que, en busca de responder al interés superior de los derechos de la menor y dado que tiene 11 años de edad y está entrando en la etapa de adolescencia la cual conlleva cambios tanto físicos como psicológicos, el cuidado debe pasar a manos de su progenitora debido que, al ser del mismo sexo, es la persona indicada para realizar el acompañamiento en la etapa que está iniciando, afirmación citada por la Corte para realizar su análisis, de la siguiente manera:

[...] Si bien la menor goza de un cuidado especial del padre y su asistencia en cuanto a manutención, recreación y educación se refiere, como así lo demuestra con la documental aportada, también se debe advertir que la menor, quien ya cuenta con 11 años de edad, ha entrado a la edad de adolescencia, época muy delicada en la formación integral de los menores, pues es precisamente el despertar o desarrollo de su sexualidad, requiriendo sobre todo, las niñas, una atención y cuidado especial o delicado por parte de su progenitora, en lo atinente a una asistencia personalizada íntima, en la que se enseña y protege el pudor, y a su vez, la garantía sana de su desarrollo armónico integral y protección de los derechos fundamentales prevalentes.

Como se demuestra, la menor convive solamente con su padre, y según se desprende del dicho de la demandante en el hecho 44, lo que es reiterado por las mencionadas testigos, comparten un mismo lecho, hecho que, de ser cierto, pues al parecer lo es, aunque de manera ocasional, como lo reconoce el demandado a dar respuesta a este hecho, no es sano para la menor, porque atenta contra su privacidad, su salud, pudor, intimidad. (párr. 30)

A partir de esta decisión, la Corte Suprema de Justicia (2017) entra a realizar el respectivo análisis, partiendo de que se presupone que existe una vulneración al derecho de igualdad de género hacia el padre, debido a que no se hizo un análisis a fondo del material probatorio; además, dice que no se tuvo en cuenta que la menor, en las diferentes pruebas interdisciplinarias manifestó una preferencia a su padre y que presenta, en general, buenas condiciones con respecto a su estado físico y psicológico y que estos los ha logrado bajo el cuidado del padre, por lo cual el argumento usado en primera instancia por el juez competente es erróneo, ya que, además de generar un sesgo de discriminación con respecto al padre y a sus capacidades de encargarse de la menor en esta etapa, va en contra de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho del niño a ser escuchado y respetar su opinión, razón por la cual la Corte revoca el fallo de la sentencia impugnada y da orden al juzgado de familia correspondiente a que emita la determinación de acuerdo a lo expuesto por esta corte.

Para ese mismo año, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-587, que entra a analizar el mismo caso, centrando su estudio en la procedencia de la acción de tutela y en la violación del derecho al debido proceso con respecto al padre y a la menor. La Corte hace un análisis profundo sobre el tema de igualdad de género y el principio de no discriminación; de igual forma, un salvamento de voto afirmando el vacío jurídico existente acerca de los estereotipos de patriarcado; por consiguiente, en la sentencia T-338 de 2018 se presenta una acción de tutela por violación del derecho fundamental al debido proceso, debido a que el 20 de junio de 2017 hubo una acción de protección por violencia intrafamiliar; por lo tanto, en esta sentencia la Corte Constitucional ordena al Consejo Superior de la Judicatura, la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia, a las capacitaciones sobre género que ofrece la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial, con el fin de fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios.

Es a raíz de estos casos que se encuentra evidente la existencia de estereotipos referentes a los roles de los padres en las decisiones judiciales, en las cuales no solo se está violando directamente la igualdad de género entre mujer y hombre, sino, además, el interés superior del niño.

Igualdad jurídica y derecho de custodia: más allá de los roles de género

Es evidente, desde el análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia STC 5357 de 2017 y por la Corte Constitucional en Sentencia T-587 de 2017, la existencia de un sesgo de discriminación por parte de las autoridades competentes hacia la capacidad que tienen los padres con respecto al cuidado de sus hijos, dejándose llevar por las costumbres y creencias de la sociedad, en especial, porque se debe destacar la importancia de lo que significa la decisión arbitraria tomada por una autoridad judicial ya que, como bien lo mencionó la Corte Constitucional (2017), la práctica judicial se puede tomar como un motor de cambio en las prácticas sociales, en especial las que promueven y difunden la violencia de igualdad de género, ya que estos, al administrar justicia, son quienes directamente reconocerán la igualdad que debe existir entre hombre y mujer, siendo ésta una razón forzosa para la revisión de la correcta aplicación de principios y derechos fundamentales.

De manera que, para casos concretos como el de la custodia, será una decisión que no solo afectará a la persona que se está discriminando por su sexo, sino también, al menor sobre quien recaerá la decisión tomada y quien a futuro podrá tener diferentes daños a nivel emocional.

Es necesario recalcar que, a pesar de la necesidad de la existencia de igualdad entre padre y madre con respecto a derechos y deberes sobre el menor, es igualmente importante el principio de interés superior del menor, como directriz fundamental en las decisiones judiciales; por esto, se debe tener en cuenta que los dos van ligados directamente. También se debe evaluar para cada caso en concreto, el interés superior del niño y luego buscar la igualdad entre los padres, ya que, si bien son ellos los que tienen la potestad sobre el menor, esto no quiere decir que la custodia sea una figura dirigida a solo uno de ellos, sino que éste es un derecho que uno o ambos puede adquirir y, consigo, una serie de obligaciones para el cuidado personal del menor.

Es por eso que se debe hablar también de la situación jurídica del menor, partiendo así de dos ideas fundamentales: la primera, la protección que debe recibir el menor, siendo ésta una medida para evitar el maltrato, debido a su vulnerabilidad ante cualquier situación de la vida cotidiana; y la segunda, la plena subjetividad jurídica donde la persona es titular de derechos. Así como los padres están en la obligación de proteger al menor, el Estado también se vuelve una parte esencial, convirtiéndose en un mandato constitucional para asistir y proteger los derechos que los NNA adquieren desde el momento en que son concebidos.

2. Conclusiones

En cuanto a los antecedentes históricos que tiene un país como Colombia respecto a los roles asignados a los progenitores en la sociedad y en la familia, es decir, el padre como aquel que brinda el sustento económico y la madre como la encargada de velar por el cuidado y bienestar de su hogar, se ve un gran avance, en especial porque a los dos padres actualmente se les reconoce las capacidades de realizar tanto actividades del hogar como de la sociedad; sin embargo, los roles asignados por el patriarcado siguen presentes, de modo que, es común que, a razón del vacío existente en la normatividad de custodia, se falle con arbitrariedad, teniendo en cuenta estereotipos como los mencionados, situación inaceptable de considerar, ya que después del tiempo que ha pasado a partir de la incorporación de la Constitución de 1991, se deduciría que no debería estar presente este tipo de discriminación en cualquiera de los sexos; por esto, al encontrarse sentencias en las cuales se evidencie un sesgo de discriminación, se podría inferir que posiblemente éste no será el único caso en el cual exista una decisión arbitraria guiada por estereotipos implantados por la sociedad.

Seguramente, la reiteración de la existencia de un problema jurídico por parte de las altas Cortes con respecto al vacío existente sobre normas guiadas a orientar las decisiones de los jueces en casos de custodia de menores pueda ser considerado un indicio de la necesidad de ejecutar una solución para contrarrestar problemas como los presentados en las sentencias mencionadas e, igualmente, en los proyectos de ley presentados; en consecuencia, se ve reflejada la necesidad de la creación y unificación de parámetros para tomar este tipo de decisiones, porque aunque no se niega la existencia de la autonomía que se le deposita al juez en sus manos en temas como los de custodia debido a la protección presente y futura que

se le debe brindar al menor, se lo confunde con una atribución que permite arbitrariedad; como consecuencia, es necesario implementar normas orientadoras para la existencia de un cumplimiento efectivo de los derechos tanto de los niños como de los padres. Cabe resaltar que la implementación de estas normas no puede ser de manera dispersa en el ordenamiento jurídico como se ha venido haciendo, ya que aunque se supone que la autoridad judicial debe conocer todos los preceptos y supuestos que regulan este tipo de normas en la legislación, al estar de manera desorganizada y sin la atención que el tema merece, se genera no solo una confusión por parte del juez, sino también un posible desconocimiento de su existencia, razón por la cual lo lleva a tener que aplicar su autonomía sobrepasando sus límites.

Gracias a que Colombia tuvo una gran evolución en normatividad nacional e internacional, se puede afirmar que el país está en la obligación de implementar acciones y actuar inmediatamente cuando existan casos de discriminación a razón de estereotipos de género. Para los casos de custodia de un menor de edad se debe partir de la igualdad de condiciones entre hombre y mujer, analizando cada caso concreto y entendiendo las necesidades del menor, de manera que el fallo, cuando se refiera a las capacidades de los padres, no haga alusión a los roles asignados por un Estado patriarcal basado en estereotipos, sino que se base en las posibilidades económicas, morales y de tiempo probadas dentro del proceso, que permitan demostrar quién será el progenitor que pueda brindar mejores oportunidades al menor, para su desarrollo integral. Es menester mencionar que esta afirmación no busca quitarle legitimidad a la custodia compartida.

Cómo ya se mencionó, al existir una igualdad entre padre y madre dentro de la decisión, es necesario conectarla al estudio del caso en concreto, guiado al cumplimiento del interés superior del menor, de suerte que logre asegurar un buen desarrollo tanto físico como psicológico dentro de un ambiente armonioso, obligando al juez a estudiar a fondo cada situación, considerando todo el material probatorio presentado y la opinión del menor, entendida como derecho que va ligado al debido proceso y, asimismo, teniendo en cuenta el presente y futuro del NNA para su fallo, ya que éste será decisivo para su buen desarrollo.

Referencias

- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm
- Constitución de la República de Colombia. (1873). Ley 57 de 1887, “art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución”. Código Civil Colombiano. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). (1981). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Corte Constitucional. República de Colombia. (1992). Sentencia T-406 de 1992 [MP Ciro Angarita Barón]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional. República de Colombia. (2003). Sentencia T-510 de 2003 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>
- Corte Constitucional. República de Colombia. (2014). Sentencia T-214 de 2014 [MP María Victoria Calle Correa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-214-14.htm>
- Corte Constitucional. República de Colombia. (2017). Sentencia T-587 [MP Alberto Rojas Ríos]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-587-17.htm>

- Corte Constitucional. República de Colombia. (2018). Sentencia T-338 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>
- Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. (19 de abril de 2017). STC 5357-2017 [MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/04/STC%E2%80%935357-2017.pdf>
- Domínguez, J.A. (2011). *Derecho civil familia*. Editorial Porrúa.
- Rivera Garretas, M-M. (2012). La revolución femenina: un cambio de orden simbólico. <http://www.ub.edu/duoda/bvid/obras/Duoda.text.2012.02.0001.seccion2.html>
- Regulación de la Patria Potestad. (s.f.). Constitución Política. https://www.oas.org/dil/esp/Regulacion_de_la_patria_potestad_Colombia.pdf
- Vallejo Franco, B.E. (2017). *Reflexiones interdisciplinarias en torno a la educación para la Paz*. Editorial Universidad El Bosque.