

La guarda y custodia compartida

María Mónica Mercado Salazar

Trabajo de grado presentado para optar al título de magíster en Derecho

Asesor temático:

Guillermo Montoya Pérez

Universidad Eafit

Facultad de Derecho

Medellín

2018

CONTENIDO

	Pág.
Resumen	4
Introducción.....	5
1. Título	8
2. Justificación y marco teórico.....	9
3. Objetivos.....	14
3.1 Objetivo General.....	14
3.2 Objetivos específicos	14
4. Breve referencia histórica.....	16
4.1 Nota preliminar introductoria	16
4.2 Breve Referencia Histórica.....	17
4.2.1 En la conquista y en la Colonia.....	18
4.2.2 En la Post Colonia.....	20
4.2.3 Situación en el nacimiento de la representación.	21
4.2.4 Modificaciones a la Ley 57 de 1887	22
4.2.5 Situación actual	22
5. Determinación y alcance	27
5.1 Cuidado y Auxilio.....	28

	3
5.2 Crianza y Educación	29
5.3 Corrección, orientación y sanción	30
5.4 Cuidado personal de los hijos	32
5.5 Custodia compartida	33
5.6 Visitas	36
6. Interés superior del niño, niña y adolescente.....	39
6.1 Decisiones de la corte constitucional en sede de tutela	40
6.2 Otras Decisiones	45
7. Autoridad paterna y el ejercicio arbitrario.....	47
8. Régimen de custodia compartida en España	52
Conclusiones.....	56
Referencia.....	60
Cibergrafía	64

Resumen

El trabajo analiza los derechos que tienen los padres para ejercer sobre sus hijos, derivados de la autoridad paterna, tales como son custodia o cuidados personales, vigilancia, corrección, orientación y sanción a los hijos, visitas. Derechos que se encuentran establecidos en el título XII del libro I del Código Civil Colombiano, en la Ley 1098 de 2006, en concordancia con la constitución Política de Colombia de 1991; haciendo alusión en qué consisten, así como los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales. Se señalarán, unas reflexiones críticas sobre el ejercicio arbitrario de tales derechos.

Se aborda el tema del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, contemplado en el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, en armonía con el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia de 1991, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en sede de tutela; en donde la citada Corporación en repetidas oportunidades ha señalado que los deberes instituidos en la codificación civil a cargo de los padres tienen como finalidad el desarrollo armónico e integral de los hijos, y los derechos derivados de los mismos son en beneficio de estos últimos y no son subjetivos de los progenitores.

Palabras clave: Derechos, relación paterno filial, Código Civil Colombiano, autoridad paterna, interés superior, ejercicio arbitrario

Introducción

Este trabajo de grado tiene como objetivo el análisis de los derechos personales no patrimoniales de los padres sobre los hijos, pues no existe duda de que las familias han tenido grandes cambios en el último milenio, lo que ha generado a que tanto a los hombres como a las mujeres se les equipare en cuanto a derechos y obligaciones.

El estudio académico que se lleva a cabo pretende acercar a estudiantes, entendidos y público interesado en el tema, a los fenómenos sociales y culturales que se desprenden de la dinámica familiar, entiéndase esta como las transformaciones de la familia (Parra Benítez, 2017, p. 1), y que exigen una regulación por parte del ordenamiento jurídico.

Se hace énfasis en los derechos de los progenitores respecto de sus hijos, una vez ocurre la ruptura de la relación, ya sea conyugal o marital, pues es allí donde realmente surgen los inconvenientes respecto de las visitas, custodia, educación, corrección y sanción, de los hijos, por parte del padre o madre que no tiene la custodia y el cuidado permanente de aquél.

Este cambio en las familias, impulsa a que el legislador colombiano entre a modificar significativamente las normas legales que regulan los temas referentes a los hijos, como ya ha ocurrido en otros países, como ejemplo se tiene a España y México, donde la custodia compartida es el medio más adecuado para respetar los derechos tanto de los hijos como de los dadores de vida, pues, en Colombia ha sido generalmente la Corte Constitucional quien ha abordado el tema.

Igualmente, se busca evidenciar que, los progenitores no cuentan con un mecanismo eficaz que les permita reclamar y exigir los derechos personales que tienen sobre sus hijos, pues se ha observado, que pese a que exista una orden judicial o un acuerdo conciliatorio, sí el padre o madre, tenedor del hijo, se opone a que el otro progenitor comparta con su descendiente, lo máximo que puede suceder es que se le imponga, a través de un trámite incidental, una sanción de tipo pecuniario, convertible en arresto, sin que con ella se efectivice dichos derechos.

Al enfrentar este trabajo como lectores o como investigadores, debemos entender que acorde con el artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991, Colombia es un Estado Social de Derecho, que ha introducido una serie de derechos fundamentales reconocidos, con su respectiva protección, respetando, por encima de todo la dignidad humana, entendida constitucionalmente como

libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle y de la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en sociedad (Corte Constitucional Sentencia C-425 de 2005)

Por ello, es el Estado, como anteriormente se indicó, en quien recae, a través del congreso, regular lo atinente a la protección de esos derechos personales, no patrimoniales, que tanto los padres como los hijos tienen; por lo tanto, no es aceptable que de manera caprichosa sean vulnerados.

Lo anterior, con el fin de significar que salta a la vista la necesidad que se tiene de que el Estado cumpla sus fines, uno de ellos, el de legislar, ya que con esta forma se le garantiza a cada miembro de la familia el goce efectivo de los derechos que han sido reconocidos, inclusive constitucionalmente (Artículo 42 Constitución Política de Colombia de 1991).

Para el desarrollo del presente trabajo se tiene como objetivo principal analizar la normativa vigente que regula los derechos personales, no patrimoniales, sobre los hijos, que se encuentran principalmente en el título XII del libro I del Código Civil Colombiano, en la Ley 1098 de 2006, en concordancia con la Constitución Política de Colombia de 1991; posteriormente dejar en claro la necesidad de reglamentación e incorporación de la figura de la custodia compartida, como medio para menguar las controversias que surgen entre los progenitores, respecto a los derechos que tienen sobre sus hijos, tales como, custodia y cuidado personal, tenencia, visitas, educación, corrección, sanción.

1. Título

La guarda y custodia compartida.

2. Justificación y Marco Teórico

En Colombia, acorde con el artículo 42 de la Constitución Política de 1991 “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”; por ello, se le asigna una protección especial y es deber del Estado velar por la defensa de aquella y garantizar el goce efectivo de los derechos de cada uno de sus integrantes.

Anteriormente, la única familia aceptada en Colombia era la nuclear, conformada por un padre, una madre y los hijos. El padre era quien tenía el poder absoluto sobre la familia; se le consideraba el jefe del hogar, por ende, el ejercicio de los derechos le fue asignado inicialmente con exclusividad a él, luego a la madre en forma subsidiaria, y, por último, a ambos padres conjuntamente (Suárez Franco, 1999, p. 145).

Desde el momento de la procreación ambos progenitores adquieren ciertos derechos respecto a sus hijos, con el fin de cultivar el afecto, la unidad y la solidez de las relaciones familiares y su ingreso a la cultura y a la sociedad (Suárez Franco, 1999, p. 481). Estos derechos se encuentran regulados por la legislación colombiana, en el título XII, Libro I, del Código Civil, tales como, cuidado y auxilio, crianza y educación, visitas y custodia (Tafur González, 2016, p. 131).

Para mantener la estabilidad familiar es necesario que los padres eduquen y corrijan a sus hijos, con esto se busca crear consciencia en los descendientes para sus proyecciones futuras. La honorable Corte Constitucional, en sentencia C-371 del 25 de agosto de 1994, indicó que

la facultad de sancionar a los hijos se deriva de la autoridad que sobre ellos ejercen los padres (indispensable para la estabilidad de la familia y para el logro de los fines que le corresponden) y es inherente a la función educativa que a los progenitores se confía, toda vez que, por medio de ella, se hace consciente al menor acerca de las consecuencias negativas que aparejan sus infracciones al orden familiar al que está sometido y simultáneamente se le compromete a ser cuidadoso en la proyección y ejecución de sus actos.

Del mismo modo, recae en ambos padres el cuidado personal del hijo. Para el tratadista Jorge Parra Benítez (2008) el cuidado personal es sinónimo de custodia, la que implica vínculos de derecho y, de hecho, derechos y facultades y situaciones puramente materiales, que deben considerarse en cada caso. Es la tenencia física del niño la que exige el contacto físico con él, comunicación afectiva y espiritual íntegra: compartir, orientarlo, y decidir por él (p. 479).

El padre que tiene la custodia es quien vive con el hijo y cuida permanentemente de él; por el contrario, el padre que no tiene la custodia es quien tiene derecho a que se le reglamente las visitas con el hijo, ya sea de común acuerdo entre los padres, a través de la vía judicial o administrativa.

Así las cosas, el derecho a las visitas es exclusivo para el padre que no tiene la custodia sobre su hijo. Con este derecho se busca afianzar los lazos entre el padre y el hijo y mantener la unidad familiar. En la cotidianidad se observa con gran preocupación que los hijos son utilizados por el padre o por la madre, que tiene la custodia, para obstaculizar el encuentro con el padre que no la tiene y evitar el fortalecimiento de la relación filial; al respecto, es

importe señalar que La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 42, establece en el inciso 3º, que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de sus integrantes. Ni la una ni el otro pueden realizarse en un clima de resentimiento y contradicciones en el que se sacrifica al hijo para satisfacer la egoísta defensa del interés personal de cada uno de sus progenitores.

El eje central de la investigación recae en los derechos personales que los padres tienen respecto de sus hijos, precisar algunos conceptos y establecer ciertos parámetros que apoyen el contenido del tema que se investigará.

Es pertinente señalar que, como se dijo anteriormente, en el último milenio se ha observado grandes cambios en la estructura familiar, pues anteriormente la única familia aceptada en Colombia era nuclear; sin embargo, debido al silencio legislativo, la Corte Constitucional en Sentencia C- 577 de 2011 reconoció varios tipos de familia, entre ellas, la nuclear, la monoparental, la ensamblada y la de crianza.

Esta investigación se realizará entre los años 2012 a 2017, debido a que en los últimos cinco años se ha evidenciado un alto número de demandas presentadas con el fin de resolver controversias relacionadas con temas como custodia, permisos para salir del país y visitas.

Se realizará, igualmente, un breve estudio de las leyes promulgadas en España que regulan la figura de la custodia compartida, con la finalidad de analizar los fundamentos que se tuvieron en cuenta para su promulgación, ya que en Colombia no existe reglamentación del tema.

Es importante, indicar la normativa que regula lo atinente, para ello se hará referencia al Título XII, Libro I, del Código Civil Colombiano, donde se establecen los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, en el cual se regula lo concerniente a: respeto y obediencia (Art. 250), cuidado y auxilio (Art. 251), crianza y educación (Art. 253), procedimiento judicial (Art. 255), visitas (Art. 256), facultad de vigilancia, corrección y sanción (Art. 262), dirección de la educación y formación moral e intelectual (Art. 264).

También se acudirá al ya referenciado artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde se establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”

Por su parte, la ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la Adolescencia, en su artículo primero dispone que su finalidad es garantizar a los niños, niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. El artículo 14 del de la norma en cita, consagra la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. Finalmente, los artículos 22 y 23 instaura el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella y la custodia y cuidado personal, temas relevantes para el trabajo a desarrollar.

Finalmente, el artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niño*, dispone que los niños tienen derecho a conocer a sus padres, así como a su cuidado y a no ser separados de los mismos, excepto cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor de edad.

* Adoptada por la Asamblea General de Las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada en Colombia por medio de la Ley 12 de 1991

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Con este trabajo se evidenciará la necesidad de regular la figura de la custodia compartida en Colombia, como mecanismo de protección a la familia y, a su vez, como el instrumento para la garantía de los derechos de cada miembro de ella; en especial, el derecho de “los niños y niñas a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral” (Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y de la adolescencia Artículo 23).

3.2 Objetivos específicos

- Indicar los derechos personales, no patrimoniales, que tienen los padres frente a los hijos, en qué consisten, su definición, su alcance, su protección, los fundamentos normativos y las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional.
- Analizar brevemente la historia de los derechos no patrimoniales de los padres en Colombia.
- Identificar la cobertura de los derechos no patrimoniales de los padres frente a los hijos.

- Exponer y analizar críticamente el ejercicio arbitrario de los derechos no patrimoniales cuando la relación de los progenitores se encuentra resquebrajada.
- Evidenciar la protección o la garantía con la que cuenta los padres al momento de exigir sus derechos no patrimoniales como tales.
- Asimismo, se analizarán si esos derechos realmente son en pro de los padres o, en su defecto, de los hijos.
- Realizar un estudio sobre la figura de la custodia compartida regulada en España como punto de referencia para plantear su viabilidad o no en Colombia.

4. Breve referencia histórica

4.1 Nota preliminar introductoria

Las relaciones no patrimoniales hacen referencia al conjunto de deberes y derechos que surgen de las relaciones entre los padres y los hijos, incluso desde la concepción misma; para el autor Suarez Franco (1999) esta se deriva del “trato personal entre padres e hijos, están reglamentados en el Título XII del Libro primero del Código Civil, y no pertenecen al ámbito de la patria potestad” (p. 146).

Dicha relación surge por los lazos de filiación, que tradicionalmente se ha conocido como “relaciones paterno-filiales” (Corte Constitucional, Sentencia T-071 de 2016), y donde se destaca la llamada “Autoridad Paterna”, ejercida por el padre, hoy radicada en cabeza de ambos progenitores. El autor Suarez Franco (1999), reseña que “Los derechos sobre la crianza, educación y corrección de los hijos que eran en el derecho antiguo la manifestación más eficiente de la patria potestad, pasaron a constituir lo que podría llamarse la autoridad paterna” (p. 146).

Para la catedrática Gloria Montoya Echeverri (2001) se entiende como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (p. 149); de lo anterior, se infiere que de la autoridad paterna surgen los efectos personales que facultan a los progenitores a determinar la crianza, corrección, educación y establecimiento de los hijos.

Por su parte, el escritor Naranjo Ochoa (2002), define la autoridad paterna como el conjunto que de “derechos de crianza, educación, corrección de los hijos, que en el derecho antiguo romano era la manifestación más eficiente de la patria potestad” (p. 205).

4.2 Breve Referencia Histórica

Originariamente, la familia estuvo influenciada por la religión y su fin único era el de la procreación, por lo tanto, se conformaba por numerosos miembros, los que se encontraban bajo la égida del padre, quien generalmente tenía ciertas cualidades, experiencias y seriedad que lo hacía merecedor de la jefatura; igualmente, aquél tenía el deber de vigilar y corregir a cada integrante del núcleo familiar que se encontrara bajo su potestad y sobre ellos ejercía poderes casi ilimitados (Suárez Franco, 2001, p. 4).

Así las cosas, eran los progenitores quienes se encontraban facultados para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones con los hijos; criarlos, cuidarlos y educarlos hacían parte de la antigua autoridad paterna; vale la pena resaltar que la madre tenía poca influencia frente a sus hijos.

En la sociedad romana el poder del padre era único e integral y se presentaba como “poder económico sobre los bienes y la persona de la cónyuge e hijos”. Dicho poder, era absoluto, tanto así que legalmente podía abandonarlos, venderlos, prohibirles casarse o imponerle la persona con quien debían hacerlo, castigarlos materialmente e incluso causar la muerte. Este poder se ejercía sobre todos los miembros de la familia, sin importar la edad.

Por ello, la patria potestad implicaba un poder absoluto a cargo del padre, pues la madre estaba excluida de tal poder) (Naranjo Ochoa, 2002, p. 204).

Esas atribuciones se fueron reduciendo a mediados del imperio, pero sólo con Justiniano que se consideró la patria potestad como un deber y no como un derecho absoluto, procediendo a prohibir la entrega de los hijos en pago de deudas y permitiendo a estos la administración de ciertos bienes (Peculio castrense y cuasicastrense) (Naranjo Ochoa, 2002, p. 204).

Afirma Suarez Franco (1999), que

la familia se concentraba en su jefe; el poder del padre, aunque integral y único, se presenta tres modalidades: el *dominium*, que implicaba el poder económico sobre los bienes de la esposa e hijos; la *manus*, que comprendía el poder de la familia sobre la persona y bienes de la esposa; y la *potestas*, poder que se empleaba primordialmente para mantener subordinado directamente a los hijos con el padre (p. 168).

Todo lo anterior, para significar que el progenitor en últimas era juez, conductor y sacerdote las personas que se hallaban bajo su jurisdicción.

4.2.1 En la conquista y en la Colonia.

La familia española tenía un referente patriarcal que imprimía una dominación de la mujer; aquella debía llegar virgen al matrimonio y guardar fidelidad al marido; el hombre tenía el mismo deber, pero las prácticas sociales le permitían sostener otras relaciones

maritales; como consecuencia de lo anterior, existían dos clases de hijos, legítimos y naturales (Montoya Echeverri, 2001, p. 10).

El autor Suárez Franco (1999), indicó que en Roma, la llegada de los hijos se consideró como un beneficio de los dioses y la falta de ellos como un castigo, debido a que sin la prole, se extinguiría el culto a los antepasados, lo que generó un gran desarrollo en la adopción en los romanos. El matrimonio *cum manu* como el *sine manu* se tuvieron como fuente de legitimidad; al hijo legitimado se le identificó en derechos y obligaciones con el legítimo; al adoptivo se le colocó en un mismo plano de igualdad que a los anteriores (p. 6).

Por otro lado existe el llamado “hijo natural”, entienda este como el concebido por la concubina, distinguiéndose del bastardo proveniente del adulterio, prostitución o incesto; estos hijos naturales, tenían derecho a suceder a sus padres, sin embargo, la proporción era inferior a lo que recibían los hijos legítimos.

La legislaciones francesas y españolas mantuvieron la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos; todo dependía de dónde era concebido el hijo, si era dentro del matrimonio la filiación era considerada como legítima. Por su parte, si era por fuera del matrimonio se le agrupaba en dos categorías: “la natural, proveniente de dos personas no casadas que hubieran podido hacerlo para la época de la concepción, y la adulterina e incestuosa” (Suarez Franco, 1999).

Los hijos concebidos por fuera del matrimonio eran severamente discriminados y considerados seres humanos de inferior categoría, por esta razón eran carentes de derechos.

4.2.2 En la Post Colonia.

Pasada la etapa colonial, Colombia se convirtió en un Estado independiente y empezó a legislar con influencia de España pero nada se dijo respecto de los derechos de esos hijos.

El Código Civil Chileno definía la autoridad paterna como “el conjunto de derechos que la ley daba al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados” (Suárez Franco, 1999, p. 145); mírese que dichos derechos, inicialmente, le fue otorgado única y exclusivamente al padre.

Andrés Bello, en su proyecto del Código Civil, fue renuente en introducir la adopción como fuente de parentesco; esta figura se estableció en el código por al iniciativa del legislador de Cundinamarca, quien tuvo como fuente el derecho francés. Pese a todas las modificaciones del código civil, el que entró en vigencia con la promulgación de la ley 57 de 1887, se contemplaron como hijos los legítimos, comprendiendo en ellos a los legitimados, los hoy llamados extramatrimoniales (antes llamados ilegítimos) y los adoptivos (Suárez Franco, 1999, p. 6).

Hay que precisar que el elemento esencial para determinar a los hijos como legítimos es su nacimiento (Artículo 213 Código Civil Colombiano), ya sea dentro del matrimonio o dentro de la unión marital legalmente constituida o judicialmente declarada; por su parte, valga la aclaración, los extramatrimoniales hacen referencia a aquellos hijos nacidos por fuera del matrimonio o por fuera de la unión marital.

La maternidad surge por el simple nacimiento del hijo; en cambio, la paternidad emana del reconocimiento voluntario que el padre hace del hijo, o por la aclaración judicial, para los hijos extramatrimoniales (Suárez Franco, 1999, p. 7).

La ley 45 de 1936 modificó el código civil en en cuanto a los hijos denominados “de dañado y punible ayuntamiento” conocidos también como “espurios”, refiriéndose a aquellos hijos cuyo origen era el adulterio o el incesto, por lo cual no podían adquirir la calidad de hijos naturales. Suarez Franco (1999), reseñó

respecto de la progenitora, a los hijos de dañado y punible ayuntamiento se les consideraba como ilegítimos por el solo hecho del nacimiento; ninguna acción que se realizaba para que fueran declarados naturales prosperada. Se les negó toda clase de derechos que se derivaba de su paternidad o maternidad (p. 53).

4.2.3 Situación en el nacimiento de la representación.

En Colombia la fuente principal del derecho privado es el Código Civil, vigente a partir de la Ley 57 de 1887; allí se regularon las instituciones del derecho de familia y lo referente a la prole; en su texto original, en el capítulo II, artículo sexto (6°), se determinó que los hijos legítimos eran los nacidos dentro del matrimonio, todos los demás se consideraban ilegítimos, y por ende, desprovistos de derechos; igualmente, en el artículo 21, se estipuló que aquellos hijos naturales que no fueron reconocidos de manera voluntaria podrían pedir su reconocimiento única y exclusivamente para efectos de solicitar alimentos. Respecto a los derechos hereditarios, los hijos legítimos tenían cierta ventaja ante los hijos naturales

legalmente reconocidos, pues en caso de concurrir ambas clases de hijos el acervo líquido se dividiría en dos mitades una exclusiva para los hijos legítimos y otra para los hijos legítimos y los naturales legalmente reconocidos, en esta última las dos clases de hijos concurrían por partes iguales conjuntamente.

4.2.4 Modificaciones a la Ley 57 de 1887

Seguidamente, se promulgaron las leyes 153 del citado año; la 95 de 1890; todas estas, junto con la ley 45 de 1936, reformaron las normas civiles respecto de la filiación, siendo el génesis de la creación de las normas que favorecían los intereses de los hijos sin tener en cuenta su origen.

4.2.5 Situación actual

Como anteriormente se dijo, nuestra codificación civil contempla dos especies de hijos: los legítimos, comprendiendo en ellos a los legitimados, y los hoy llamados extramatrimoniales, antes conocidos como ilegítimos, así como también los adoptivos (Suárez Franco, 1999, p. 6). Inicialmente, la autoridad paterna solo se ejercía con relación a los hijos legítimos; con el paso del tiempo y con la promulgación de otras leyes, este deber también se extendió para los hijos naturales. El artículo 60 de la Ley 153 de 1887 reguló que

las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, expresadas en los artículos 250 y 251 del Código, se extienden al hijo natural y con respecto al padre o madre que le haya reconocido con las formalidades legales, y si ambos le han reconocidos de este modo, estará especialmente sometido al padre (Suárez Franco, 1999, p. 148)

La igualdad de los hijos surge con la promulgación de la ley 29 de 1982, a través de la cual se estableció “la igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios”; y en su artículo primero (que adicionó el artículo 250 del Código Civil), reseñó que “los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”

Postura que fue reafirmada en el inciso 6º del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que reza “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

Del mismo modo, y debido a que con el paso del tiempo la familia colombiana evolucionó, pues el matrimonio no tiene como único fin la procreación, lo que ha disminuido notoriamente la natalidad, la mujer, al igual que el hombre, se encargan de solventar las necesidades del hogar, lo que conlleva a que la autoridad paterna no sea ejercida únicamente por el varón, sino por ambos progenitores. Por ello en la actualidad ambos padres ejercen sobre sus hijos la autoridad paterna (Suárez Franco, 1999, p. 146).

Respecto a la corrección del hijo, es importante indicar que, antes del Decreto 2820 de 1974, (Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones) el padre podía corregir y castigar a sus descendientes, e incluso, podía imponerle sanción de restricción de la libertad hasta por un mes, en un establecimiento correccional, medida que fue abolida debido a que la misma era contraproducente, toda vez que en los sitios correccionales existía mucha depravación.

En la actualidad el deber de corrección (que era ilimitado por parte del progenitor), con la entrada en vigencia del Decreto 2820 de 1974, este derecho se le reconoce a ambos progenitores en un plano de igualdad, el que debe ser moderado, y comprende tres aspectos que, aunque son distintos, se encuentran íntimamente relacionados, como lo son: “vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos”, con el único fin de crear conciencia al niño, niña o adolescente acerca de las consecuencias negativas que aparejan sus infracciones al orden familiar al que está sometido y simultáneamente se le compromete a ser cuidadoso en la proyección y ejecución de sus actos (Suárez Franco, 1999, p. 153).

Lo anterior, fue reafirmado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-371 de 1994 donde indicó que:

El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones psicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social. La norma acusada en modo alguno legitima ni propicia el maltrato o la violencia en contra de los menores. Por el contrario, hace énfasis en el sentido razonable de la sanción. En efecto, el artículo faculta a los padres y a quienes reciban

el encargo del cuidado personal de los hijos para "sancionarlos moderadamente.

Del mismo modo, en la citada sentencia, la Corte estableció los parámetros para que la sanción impuesta a los hijos cumpla con sus fines, como los son “justa, proporcional y oportuna” (Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 1994).

Respecto a la educación de los hijos (de conformidad con el texto del artículo 264 del código civil, el padre, y en su defecto la madre, tenían derecho a escoger el estado o profesión futura del hijo); este derecho desapareció con la entrada en vigencia del decreto 2820 de 1974, ya que si bien faculta los progenitores a dirigir la educación de la prole, los restringe en cuanto a escoger su profesión (Suárez Franco, 1999, p. 152).

Aún más, el Código General del Proceso, en su artículo 390, reseña que “las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en este y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes”, serán resueltas por el Juez de Familia a través del trámite señalado para los procesos Verbales Sumarios.

Finalmente, es menester indicar que, con relación a la evolución de los derechos y los deberes entre padres e hijos, el legislador colombiano en aplicación a lo ordenado por la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991, expidió la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y de la Adolescencia, fundamentándose en el principio de la protección integral al niño, niño y adolescente; adicionalmente, en el artículo 14 de la referenciada ley se incorporó la figura de

responsabilidad parental asignándole a ambos progenitores la responsabilidad compartida frente a la máxima satisfacción de los derechos de los hijos.

5. Determinación y alcance

La autoridad paterna surge de la filiación e integra las relaciones entre padres e hijos; en su mayoría de carácter personal emitidas de los progenitores, de manera conjunta, hacia sus descendientes, tales como socorro y protección, crianza y educación, cuidado personal, vigilancia, corrección, orientación y sanción, custodia y cuidados personales. Se encuentran contempladas en el Código Civil Colombiano, en la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Código de la Infancia y de la adolescencia.

Del mismo modo, de la autoridad paterna nacen obligaciones a cargo de los hijos frente sus padres, como el respeto y la obediencia, la atención y el socorro, cuidado y auxilio.

El Código Civil Colombiano en su título XII, Libro I, regula los derechos y las obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. Monroy Cabra (2009), dice que

los derechos y obligaciones entre padre e hijos eran lo que constituida la llamada *autoridad paterna* y que deben nominarse *autoridad familiar compartida*. Esos derechos y obligaciones son derechos naturales, con contenido moral y espiritual, que el legislador se limita reconocer y realzar su importancia” (p. 191)

Dichos derechos inicia con el respeto y obediencia que los hijos deben a sus padres. Como se dijo en la parte histórica, a través de la ley 29 de 1982 los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos son iguales en derechos y obligaciones.

Los hijos tienen el deber de obedecer y respetar a sus progenitores. Por su parte, los padres tienen la obligación de criar, educar y vigilar la conducta de sus descendientes; corregirlos y sancionarlos moderadamente, con el fin de cumplir las funciones sociales del Estado y hacer de ellos personas idóneas y buenos ciudadanos (Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 1994).

Suarez Franco (1999), indica que “los padres tienen la obligación de educar a los hijos moral e intelectualmente para hacerlos aptos a la vida en sociedad, el hijo por su parte, tiene derecho a que sus padres lo formen y eduquen” (p.148).

El respeto conlleva la consideración y la atención que los progenitores merecen; por obediencia se entiende el acatamiento y la sumisión de los hijos a las decisiones adoptadas por los padres. El respeto subsiste por toda la vida de ellos, mientras que la obediencia, hasta que se adquiriera la mayoría de edad (Montoya Echeverri, 2001, p. 150).

5.1 Cuidado y Auxilio

Se encuentra reglamentado en el artículo 251 de la legislación civil colombiana. Este deber es correlativo, por un lado, los hijos tienen la obligación de cuidar a sus padres en cualquier circunstancia de la vida siempre que lo necesite; por otro lado, los progenitores deben asumir los cuidados extremos que requieran sus descendientes.

Es importante indicar que si bien es cierto el legislador estipuló que es deber de los hijos respetar y obedecer a sus progenitores, no es menos cierto que en Colombia no existen sanciones directas para aquél descendiente que incumpla con dicho deber, lo que la convierte en una norma en blanco. Por otro lado, respecto a la responsabilidad de atención y socorro, en la cotidianidad se observa que los hijos se limitan solamente a suministrar alimentos a sus progenitores, pero no le brindan el cuidado y auxilio que aquellos requieren.

5.2 Crianza y Educación

El Legislador reguló en el artículo 253 de la codificación civil el deber de los progenitores de criar y educar a sus descendientes de manera conjunta. Criar a los hijos conlleva, necesariamente, el vivir con ellos, por ende, los padres son los responsables económica y materialmente de la prole; así se encuentra regulado en el artículo 257 de la norma en cita.

Son los progenitores los que eligen la forma adecuada para criar y educar a sus descendientes, de acuerdo con los cambios sociales; sumado a ello, debe ser proporcional al estilo de vida de cada uno; de modo que los padres no pueden salirse de esos parámetros y afectar al niño, niña y adolescente que se encuentre bajo su custodia.

Los padres tienen la obligación de educar a los hijos moral e intelectualmente para hacerlos aptos para la vida en sociedad; por su parte, los hijos tienen el derecho a que sus padres los formen y eduquen (Suárez Franco, 1999, p. 151). Dicha educación comprende, además de la instrucción “transmisión del conocimiento” (Monroy Cabra, 2009, p. 193), la

formación del individuo, con el fin de que aquél se desarrolle plenamente; para lograr tal objetivo, es menester de que los padres día a día corrijan, perfeccionen y forjen las actitudes y comportamientos de sus descendientes. Se requiere, además, como lo dijo la Corte Constitucional “se apliquen las sanciones justas, proporcionales y oportunas para que el niño, niña y adolescente moldeen su conducta” (Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 1994).

Finalmente, lo que se busca con la educación es que la prole se encuentre capacitada para llevar una vida independiente en sociedad.

5.3 Corrección, orientación y sanción

El artículo 262 del Código Civil Colombiano “facultó a los padres o a la persona encargada del cuidado personal del hijo de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”; conforme al artículo 263 de la norma señalada, dicha facultad se extiende en ausencia, inhabilidad o muerte de uno de ellos, al otro, y de ambos a quien corresponde el cuidado personal del hijo.

Por su parte, el artículo 14 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, señaló que

la responsabilidad parental es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que

los niños, niñas y adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

Igualmente, estipuló que “en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impida el ejercicio de sus derechos”.

La corrección es sinónimo de modificación, rectificación, cambio, enmienda; es el complemento de la educación y crianza, pues con ella se busca formar a los hijos en sus conductas y poder cumplir con el objetivo de hacer ciudadanos de bien. Por lo anterior, se constituye en un deber de los padres, pues estos son responsables ante la sociedad de la formación de sus hijos.

La Corte Constitucional indicó, en sentencia C-1003 de 2007, indicó que ese deber de corrección no es de carácter universal, pues tiene como margen la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, la Corte Constitucional, en sentencia No. C-371 de 1994 se expuso que

para que la sanción cumpla los objetivos que se propone, según lo expuesto, es necesario que se aplique sobre la base de motivos ciertos y probados, es decir, que sea **justa**. De lo contrario, producirá en el niño confusión y le causará temor infundado en relación con conductas que de su parte fueron correctas, perdiéndose íntegramente cualquier utilidad educativa. Así mismo, la sanción ha de ser **proporcional** a la falta cometida, es decir, debe guardar relación con su gravedad y características. Por tanto, resulta injusto el castigo impuesto con exceso. La sanción tiene que ser **oportuna**, esto es, el tiempo

transcurrido entre la conducta sancionable y el castigo no puede ser tan amplio que el menor pierda la noción exacta acerca del motivo por el cual se lo sanciona.

5.4 Cuidado personal de los hijos

Se encuentra preceptuado en el artículo 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, en el que se señala “los niños, niñas y 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 el ámbito familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”.

Dada la ruptura en la relación de pareja, son los progenitores quienes de mutuo acuerdo pueden decidir quien se encargará del cuidado personal de los hijos; en caso de desavenencias deberán acudir al juez de familia, quien, en compañía de un Asistente Social, verificará las ventajas de otorgar el cuidado en uno de los padres y decidirá, siempre, preservando el interés superior del niño, niña o adolescente.

Con frecuencia, se observa un gran número de inconvenientes respecto al cumplimiento de algunos derechos que el código Civil le otorgó a los progenitores, tales como visitas, educación, corrección, tenencia, entre otros, debido a que la ley es carente respecto a establecer mecanismos eficaces para garantizar el goce efectivo de aquellos derechos.

Se ha entendido que el padre o la madre que conserve la tenencia de los hijos tiene el cuidado permanente de aquellos; en muchas oportunidades existe cierto abuso por parte del padre o madre custodio respecto a las decisiones que se tomen con relación al niño, niña o adolescentes, pues no se tiene en cuenta la opinión del progenitor no custodio; y en el peor de los casos, inclusive se le impide el trato y contacto con el menor.

5.5 Custodia compartida

En Colombia no se ha regulado, hasta el momento, la custodia compartida. El Código General del proceso, vigente a partir del 1 de enero de 2016, en el artículo 598, estableció las medidas cautelares en los procesos de familia y, en ella dio lugar para pensar en la posibilidad de que se pueda compartir la custodia entre los progenitores, pues en su numeral 5, literal b, indicó “Dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero”.

No obstante, lo anterior, es claro que los progenitores de mutuo acuerdo pueden decidir si comparten o no la custodia y tenencia de sus hijos, pues legalmente nada se los impide, eso sí, siempre y cuando dicha decisión no afecte el desarrollo armónico e integral del niño, niña o adolescente.

El catedrático Parra Benítez (2017), respecto al tema de custodia compartida indicó que

el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del concepto jurídico 34 de 18 abril de 2016, consideró que la custodia compartida puede ser convenida por los padres. Según el citado concepto, las custodias compartidas son viables siempre y cuando las partes encuentren totalmente de acuerdo con ello, de lo contrario y en caso de existir controversia sobre la custodia del hijo menor de edad, deberá una autoridad administrativa de forma provisional o el juez de familia a través del proceso verbal sumario, definir dicha situación cabeza de uno de los padres”(p. 546).

Como se dijo anteriormente, en el presente la figura de la custodia compartida no se encuentra regulada por el legislador colombiano, pese a que a través de ella se puede garantizar a los niños, niñas y adolescentes el derecho “a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral”; pues para cumplir cabalmente con el referenciado artículo se requiere que los progenitores vivan bajo el mismo techo; sin embargo, olvidó el legislador que en las relaciones de pareja es factible la separación; por ello, una vez ocurra esta lo ideal es que ambos progenitores custodien conjuntamente a sus hijos, y así ellos no soportarán el peso de la ruptura, siendo los menos perjudicados.

Pese al anterior argumento, nada se ha dicho respecto a esa posibilidad, por ello en la cotidianidad se observa como los progenitores se enfrentan en los estrados judiciales con el fin de que a uno de ellos se le establezca la custodia y tenencia permanente del hijo. Ahora bien, no es claro, como pretende legislador aplicar tanto el contenido del artículo 23 el código infancia y adolescencia, como el 42 de la Constitución política de Colombia de 1991, sino

existe por el momento la figura para quien ambos padres cuiden permanentemente de sus hijos si se ha dado la ruptura matrimonial o marital.

La custodia compartida se encuentra regulada en otros países, como ejemplo España, donde el punto de partida es el interés superior del menor, ya que estos no se pueden verse afectados a raíz de la ruptura de la relación matrimonial o marital de sus progenitores; en ese país se le faculta los padres establecer de común acuerdo la custodia compartida de los hijos comunes, con el fin de fortalecer y promover la relaciones continuadas de los padres con sus hijos.

En México, el Código Civil Federal, reformado a través de DOF 28-01-2010, basados en el interés superior del menor establece que “los progenitores de manera conjunta deberán colaborar en la alimentación de los hijos, así mismo, conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor”. Por su parte, el Título Octavo, establece lo concerniente a la Patria Potestad, y en el Capítulo I, contempla “los Efectos de la Patria Potestad Respecto de la Persona de los Hijos”, específicamente en el artículo 416 reseña que “en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público”.

En España la primera Ley que reguló el tema de la custodia compartida fue la 15 de 2005; en México fue la modificación realizada al Código Civil Federal en el 2010; por su parte, en Colombia la Constitución Política de 1991, fue publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991; a su vez el Código de la Infancia y

Adolescencia, se publicó en diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006, reformado por la Ley 1878 del 9 de enero de 2018, sin que se haya dicho o estipulado algo respecto al tema de custodia compartida.

En Colombia también se puede regular la custodia compartida y con esta medida los conflictos familiares pueden disminuir; también, se puede establecer sanciones efectivas para el padre o la madre que impida el trato y contacto de los hijos con el progenitor no custodio, pues va en contravía de lo estipulado por las legislaciones que actualmente nos regulan, tales como, Constitución Política de 1991, Ley de Infancia y Adolescencia, Código Civil Colombiano y los Tratados, Declaraciones y Convenios Internacionales relativos a menores de edad- Convención sobre los derechos del Niño-.

5.6 Visitas

Se encuentra contemplada en el artículo 256 del Código Civil Colombiano, en el cual reza “al padre o la madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”.

Es importante indicar que cuando se habla del cuidado personal del hijo es porque la relación matrimonial o marital de los progenitores se encuentra resquebrajada, disuelta, o terminada de hecho; en este caso se le confía a uno de los progenitores la custodia del hijo. El padre que tiene la custodia es quien vive con el hijo y cuida permanentemente de él; por el contrario, el padre que no tiene la custodia es quien tiene derecho a que se le reglamente

las visitas con el hijo, ya sea de común acuerdo entre los padres, a través de la vía judicial o administrativa.

Los titulares del derecho de visita son tanto los hijos como los progenitores no custodios y el propósito es conservar el afecto con la prole y mantener la unidad familiar; por ello, el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe respetar y acatar los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen; sumado a ello, debe propiciar porque se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia (Corte Constitucional, Sentencia T-115 de 2014):

Parra Benítez (2017) dice que “las visitas son, pues, una institución correlativa complementaria la custodia. Cuando los padres están separados, entonces uno tiene la custodia y otra el derecho de visitas” (p. 549); dice igualmente, “que el derecho de visitas comprende también el derecho a mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguardar del interés del menor” (p. 549).

La Corte Constitucional, en sentencia de Tutela N° 523 de 1992 indicó que “Por su naturaleza y finalidad la visita es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio ha de estar enderezado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares”

En la citada providencia hizo un llamado a los jueces de la República ya que son ellos los responsables, al momento de establecer el régimen de visitas, de procurar “la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil” (Corte Constitucional, Sentencia T-523

de 1992). Indicó, además, que la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 44, estableció los derechos fundamentales de los niños y niñas, y el presupuesto necesario para la efectividad de tales derechos es la unidad de la familia.

Por eso, el catedrático Parra Benitez (2017), dice que al momento de reglamentar las visitas a favor del padre que no tiene la custodia y el cuidado permanente del hijo se debe establecer la “*regularidad*”, con el fin de preservar un contacto directo entre el padre y el hijo y que este último sepa con precisión que día compartirá con su progenitor; “*costumbre y continuidad*” a fin evitar cambios bruscos en el entorno en que se realizaran las visitas; “*frecuencia*” el que debe ser alto para evitar nuevos vacíos por la separación con el hijo; “*las condiciones propias de los sujetos*” analizar la edad, limitaciones físicas, el lugar y el modo en que se realizarán las visitas; “*sanciones*” para el padre o madre que incumpla con el régimen de visitas (p. 552).

Respecto a lo indicado por el catedrático Parra Benítez, en la legislación civil que rige en Colombia no existen tales sanciones, por ello, muchos progenitores incumplen los acuerdos o los mandatos judiciales respecto a las visitas, convirtiéndose en los principales vulneradores de los derechos fundamentales de sus hijos. Además de lo anterior, en Colombia no existe la figura de alienación parental, entiéndase esta como “el conjunto de síntomas que se producen en los hijos como consecuencia de la manipulación negativa por parte de uno de los progenitores. El objeto de esta transformación de la conciencia del niño es destruir el vínculo de éste con el otro progenitor” (infobae, 2017), por ello, no hay como atacarla.

6. Interés superior del niño, niña y adolescente

El artículo 8° de Ley 1098 de 2006, reseña que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultanea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalente e interdependientes”.

De lo transcrito, se puede inferir que, el interés superior es el compromiso que recae en todas las personas de garantizarle al niño, niña o adolescente la satisfacción plena de los derechos humanos. Por ello, toda decisión, sea administrativa, judicial o de cualquier índole, donde se encuentren involucrados los niños, niñas y adolescente predominarán sus derechos frente a los demás; quiere decir ello, que por ejemplo cuando se tenga que decidir acerca de la custodia y tenencia de los hijos, el derecho de visitas, alimentos, o inclusive, respecto de la salida del país, la balanza tendrá mayor peso en beneficio del hijo, sin importar el querer paterno o materno.

Es el Estado el principal garante del citado principio, por lo tanto, las autoridades administrativas y judiciales, al momento de decidir o aplicar las normas deben preservar el interés superior del niño, niña y adolescente, protegerlos de manera especial, e incluso, evitar los abusos en el entorno familiar. En este punto, es significativo indicar que si bien, el Constituyente de 1991 protege la unidad familiar, como derecho fundamental, no es menos cierto que “el niño, niña o adolescente puede ser retirado del ambiente familiar cuando no cuente con los elementos necesarios para la realización y el ejercicio pleno de derechos de aquellos”(Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1992).

6.1 Decisiones de la corte constitucional en sede de tutela

El estudio se inicia con el análisis de la sentencia T-266 de 2012, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio; en esta providencia la Honorable Corte Constitucional indicó que debido al interés superior del niño, niña o adolescente, los deberes de los padres con relación a sus hijos derivados del parentesco y la filiación, tales como crianza, cuidado personal, educación y visitas, persisten, pese a que la madre o el padre hayan sido privados de la patria potestad, pues dichos derechos son en beneficio de los hijos, mas no de los progenitores

Agrega la providencia en la misma sentencia que:

el hecho de que el padre o la madre, o ambos, no ejerzan la patria potestad, no significa que se liberan de su condición de tal y, por tanto, del cumplimiento de sus deberes paterno filiales. En realidad, la pérdida o suspensión de la patria potestad se proyecta concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación (Corte Constitucional, Sentencia T-266 de 2012).

Por su parte, la Sentencia T-261 de 2013, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, limitó la discrecionalidad de los operadores jurídicos a los deberes constitucionales y legales; además de ajustarse al material probatorio recolectado y contar con un equipo interdisciplinario para examinar las condiciones particulares del niño, niña o adolescente, a fin de tomar la decisión más acertada en beneficio de aquél o aquella. lo que implica que los

jueces “no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad”.

Precisó, además, que inicialmente es la familia la que está llamada a garantizar el interés superior de los individuos a su cargo, especialmente en la primera infancia, pues el Estado y la Sociedad intervienen de manera subsidiaria.

En la Sentencia T- 044 de 2014, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, se analizó el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescente a tener una familia y a no ser separado de ella, contemplado en el artículo 22 del Código de la Infancia y Adolescencia; correlativamente, trajo a colación el artículo 50 ibidem que regula las medidas de restablecimiento de derechos con el fin de restaurar aquellos que han sido vulnerados y así lograr el ejercicio efectivo de los derechos que les han sido reconocidos.

No obstante, lo anterior, ese derecho de tener una familia y no ser separado de ello no es de carácter absoluto, ya que en caso en que se observe que el entorno familiar no es el adecuado para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales a los infantes el Estado debe intervenir y restablecer los derechos que han sido conculcados a través de las medidas de restablecimiento, establecidas por el legislador.

Se recalcó la necesidad de adoptar políticas públicas con el fin de preservar la unidad familiar, ya que es allí donde principalmente se les puede garantizar los derechos a los niños, niñas y adolescentes de crecer en un ambiente sano e inculcarle los valores y principios que se requieren para que en un futuro puedan subsistir por sus propios medios.

La Corte Constitucional en sentencia T-946 de 2014, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, indicó que si bien es cierto el solicitante contaba con otros mecanismos judiciales, la acción de tutela era procedente, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, además tenía como finalidad prevenir un perjuicio irremediable, por ejemplo, separar a las infantes de su núcleo familiar. Sumado al anterior, se tiene que el petente, progenitor de las niñas, tiene condiciones especiales, pues es un campesino de poca escolaridad.

Indicó, además, que, con el fin de proteger el interés superior del menor, las autoridades competentes, tales como ICBF, pueden separar a los niños, niñas y adolescentes de su familia, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que requiere un análisis de oportunidad, consecuencia y conveniencia; pues de no realizarse se generaría la negación de los derechos que el Estado pretende proteger. Sumado a lo anterior, se debe garantizar y proteger el debido proceso, establecido tanto la norma, como en la Constitución Política de 1991, así lo reseñó:

En efecto, la separación de los niños de sus familias debe ser la última opción que deban contemplar las autoridades administrativas, ya que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el medio primario para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en especial de los niños, por su importancia, la familia debe recibir la protección y asistencia necesarias de parte del Estado (educativa, económica, psicológica, nutricional, entre otras) para poder asumir plenamente su responsabilidad.

En la sentencia T- 071 de 2016, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, también se consideró que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella no es un derecho formal; por ende, la injerencia del Estado debe tener una razón debidamente justificada que busque la protección de los menores; además de tener un componente flexible y dinámico donde se visualice las tipologías familiares, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una sociedad cambiante.

Destacó, que la trascendencia de los derechos de los padres, surgidos de la filiación, se determina en función del cumplimiento de los deberes y responsabilidades propios de su condición, que implica la protección y promoción del niño o niña, fundada en el amor.

Esta postura fue reiterada en la sentencia T- 246 de 2016, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; en esta oportunidad se indicó que, en Colombia es un derecho fundamental tener una familia y no ser separado de ella, pese a lo anterior, y de manera excepcional, aquellos pueden ser separados de esa unidad familiar cuando no se le garantice al menor una integración efectiva para alcanzar su desarrollo armónico e integral; así mismo, precisó que “en el evento en que exista riesgo para la vida, la integridad o la salud del niño, cuando existan antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico generado por el núcleo familiar y cuando se presenta alguna de las situaciones que consagró el artículo 44 superior, dentro de las que se tiene que el niño haya sufrido abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, explotación laboral o económica, abuso sexual y trabajos riesgosos”, el niño puede ser separado de ese entorno.

Por ello, el Código Civil Colombiano estableció los deberes que los padres tienen con relación a sus hijos, con el fin de que el niño, niña o adolescente se desarrolle de manera

integral, tales deberes consisten en el amor y cuidado, que deben ser brindados por los progenitores ya que son los llamados a realizarlo pues deben perseguir la protección y promoción del menor con soporte en el amor y afecto.

La Corte en la sentencia T 705 de 2016, Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo, una vez más, reiteró que todos los hijos, sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos gozan de los mismos derechos y deberes; prohibiendo cualquier forma de discriminación entre ellos y la diferencia de trato. Consideró, los derechos de aquellos niños, niñas y adolescente que aducen ser hijos de crianza e indicó que, si bien todos los hijos son iguales ante la ley, sin importar su origen, no es menos cierto que los llamados hijos de crianza son una creación jurisprudencial; por lo anterior, quien alegue ser hijo de crianza debe cumplir con varios requisitos para adquirir dicha categoría; pues una vez el juez lo declare como tal se pueden derivar derechos y obligaciones. Así lo puntualizó:

...Para calificar a un menor como hijo de crianza es necesario demostrar la estrecha relación familiar con los presuntos padres de crianza y una deteriorada o ausente relación de lazos familiares con los padres biológicos. El primero de los elementos supone la existencia real, efectiva y permanente de una convivencia que implique vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación. El segundo de los elementos supone una desvinculación con el padre o madre biológicos según el caso, que evidencie una fractura de los vínculos afectivos y económicos. Ello se puede constatar en aquellos casos en los cuales existe un desinterés por parte de los padres para fortalecer sus lazos

paterno-filiales y por proveer económicamente lo suficiente para suplir las necesidades básicas de sus hijos.

En la sentencia T - 153 de 2017, Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo, nuevamente se trajo a colación la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Preciso que el interés superior “consiste en que a los niños, niñas y adolescentes, la familia, la sociedad y el Estado les debe dar un trato preferencial para garantizar su desarrollo armónico e integral”. Debido a lo anterior, la Constitución Política de Colombia de 1991, la Ley 1098 de 2006 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han especificado la unidad familiar tiene carácter fundamental, pues posibilita la ejecución y el disfrute de todos los derechos fundamentales, sumado a ello, asegura el desarrollo integral de los niños.

Por lo anterior, cuando un padre o una madre se encuentren privados de la libertad el Estado, como principal garante de los derechos, debe procurar por mantener la unidad familiar, máxime cuando hay presencia de menores de edad; por ello, cuando de traslados se hable “*las autoridades carcelarias deberán fundamentar su decisión en los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad para evitar desarticular la institución familiar*”.

6.2 Otras Decisiones

En la Sentencia T- 8998 del 15 de junio de 2017, Magistrado Sustanciador Darío Hernán Nanclares Vélez, se investigó si con la negativa de la Juez Primera de Familia del Municipio de Bello de entregar los títulos judiciales, con el argumento de la falta de

liquidación del crédito, vulneró o nos los derechos fundamentales a la educación, la alimentación equilibrada, la vivienda digna y a la recreación que le asiste al niño Andrés Felipe Holguín Calderón; pues bien, en este caso se determinó que la conducta de la Juez aludida infringió las prerrogativas constitucionales del citado menor, pues éste necesita las cuotas alimentarias, que les son retenidas al progenitor, para subsistir, en garantía de su mínimo vital, y dichos dineros debían ser entregados hasta la concurrencia de la cuota alimentaria, y para cumplir con ello no se hace necesario la liquidación del crédito.

La sentencia STC5357-2017, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente, Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, en la que se dejó sin efecto la decisión proferida por el Juzgado de Familia de Soacha al considerarla discriminatoria; además de carecer de valoración probatoria; pues, en dicha providencia el fallador de primera instancia consideró que la hija menor debía estar bajo el cuidado de la progenitora por ser del mismo sexo (femenino), lo que a juicio de la sala, es una decisión basada en estereotipo de género vulnerando el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. Sumado a lo anterior, en la referida decisión no se tuvo en cuenta la opinión de la menor, quien fue contundente al manifestar su deseo de convivir al lado de su progenitor.

7. Autoridad paterna y el ejercicio arbitrario

En la cotidianidad se observa la complejidad en las relaciones familiares producto en muchas ocasiones, de la ruptura matrimonial o marital. Debido a que de la autoridad paterna se deriva el derecho a tener a los hijos bajo su cuidado y protección lo correcto sería que ambos padres llegaren a acuerdos sobre las pautas de crianza respecto del hijo o hija en común; así los conflictos de la pareja no afectarán los derechos de aquellos a tener una familia y a no ser separado de ella; a compartir con su padre y madre y tener encuentros periódicos con el progenitor que no tenga al hijo bajo su cuidado, para poder fortalecer la relación paterno filial, sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional.

Pese a lo anterior, y a la importancia del trato y contacto de los hijos con sus padres, en Colombia no existe normativa vigente que regule u obligue a los progenitores a cumplir las decisiones judiciales o los acuerdos conciliatorios respecto a los derechos personales del padre o de la madre que no ostente la tenencia de los hijos, tales como el derecho a las visitas; pues, lo lógico es que desobedecida la decisión judicial o el acuerdo conciliatorio, se genere como consecuencia necesaria la sanción por dicho incumplimiento ya que está de por medio el cumplimiento de una orden judicial, conforme a la cual se buscó proteger a la familia, restablecer el trato y contacto de los hijos comunes con su progenitor o progenitora, y fortalecer los lazos entre ellos, en razón de lo cual ninguno de los progenitores puede ignorar el mandato dado, y por tanto el padre que tenga la guarda de los hijos debe propiciar el trato y contacto de aquel con sus descendientes; máxime si se tiene en cuenta que es el progenitor que tenga bajo su cuidado a los hijos quien debe motivar la relación paterno afectiva, de

respetar la posición del padre o madre ausente, de entender el querer de los críos y muy por sobre todas las cosas, de alimentar ese amor filial tan necesario en el proceso de crecimiento.

Dicha ausencia legislativa dificulta día a día el disfrute de los derechos paternos filiales, lo que conlleva a que las familias sean cada vez más disfuncionales, generando traumatismos para los hijos que crecen en un ambiente hostil, ya que a ellos se les impide gozar con plenitud los derechos estipulados en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 1098 de 2006.

A lo anterior se suma que la legislación que nos cobija no contempla la posibilidad de compartir la custodia, situación que sería un atenuante para la problemática social que en la actualidad nos embarga; ya que de esta forma los hijos tendrían la posibilidad de compartir con ambos progenitores, y así se cumpliría la disposición contemplada en el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que regula “que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral”.

Ahora, en este punto hay que indicar que, si bien el Código General del Proceso intentó acercarse un poco al tema de la custodia compartida*, la misma, en la realidad jurídica poco opera, pues esta es factible siempre y cuando lo convengan los progenitores, ya que de lo contrario es el juez quien debe decidir teniendo como prioridad el interés superior del niño, niña y adolescente, evitando las alteraciones del entorno social de aquellos; para ello, se hace necesaria la intervención del asistente social o del psicólogo adscrito al juzgado, el que a través de un informe sociofamiliar verifica y determina las reales condiciones del menor en

* Artículo 598, numeral 5, literal b, regula las medidas cautelares en procesos de familias y establece que “si el juez lo considera conveniente, también podrá dejar a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un tercero.

el hogar que comparte o pueda llegar a compartir con cada uno de sus progenitores (Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 2012); se constata, la forma cómo se desarrolla la vida familiar y vecinal y las condiciones que cada uno ofrece para garantizar el cuidado, desarrollo, y atención del menor, así como los factores del riesgo y prevención, las pautas de crianza, la estabilidad social, familiar, ambiental; así como determinar cómo son las relaciones del hijo con sus padres y su familia extensa, los riesgos y fortalezas psicosociales y afectivos por el contacto con cada uno de los progenitores o por la ausencia de ellos.

Pues, el tema de la custodia y cuidado personal de los menores de edad es delicado ya que se trabaja con las emociones de toda una familia; además, en Colombia erradamente se tiene la convicción de que por lo general los jueces de familia tienden a favorecer a las madres, por considerar que aquellas tienen un instinto maternal y tienen mejor manejo y preparación para cuidar de los críos, creencia que está decantada; como ejemplo se trae a colación la ya referenciada sentencia STC5357-2017, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente, Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, en la que se dejó sin efecto la asignación de la custodia a la madre, ya que en dicha oportunidad no se valoró la prueba en su totalidad y no se tuvo en cuenta la opinión de la adolescente involucrada.

Mírese que en muchos casos los progenitores utilizan a los hijos como un arma de ataque frente al otro de los dadores de vida, sin tener en consideración que es su descendiente quien sufre las consecuencias de las desavenencias de los padres. Pasan por alto que los derechos y responsabilidades parentales, deben compartirse entre ambos progenitores y cada uno desempeñar un rol específico en la vida de su crío, sean ellos el económico, el afectivo, el corrector y en fin cualquiera de ellos, o que en cada uno de los padres participe un poco en

todos ellos, que es lo ideal (Sentencia N° 228 del 29 de abril de 2015, Proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Envigado, Antioquia, Juez a cargo, ALICIA MARÍA ÁLVAREZ PAJÓN, radicado 05266 31 10 002 2014 00059 00).

Sí tanto el padre como la madre desean formar a su descendencia como personas de bien deben determinar sus prioridades y de ser posible soslayar las personales por el bien de los hijos comunes. Formar a la prole es un deber conjunto de los padres, ser el ejemplo en la formación de su crío en quien debe implementar el amor de su familia verdadera, brindándole la oportunidad para que se apropie de lo mucho o de lo poco que le pueda brindar el progenitor no custodio, y éste, ser ese complemento de la relación filial, sin importar, en qué lugar se encuentre el hijo y mucho menos del éxito o fracaso de la relación sentimental que tuvo con el otro progenitor.

El verdadero esfuerzo que debe realizar cada uno de los padres es el aprovechamiento y la calidad del tiempo que comparten con el hijo, sin las mezquindades relacionadas con el mayor o menor tiempo que cada uno comparta. Lo ideal es que el uno o la otra, sea el soporte en el cuidado y atención del niño, niña o adolescente, que éste pueda ante todo identificar en cada uno de sus progenitores la grandeza de la relación, que tenga la libertad del ir y del venir, sin sentir la apatía por la despedida.

Pues, lo que se persigue es el bienestar de la progenie y lo que es más importante que al momento en que aquellos compartan con el padre o con la madre, estos le den lo mejor de sí, de manera que, para el niño, la niña y el adolescente cada uno de ellos, con sus dificultades, sus cualidades y sus diferencias, sea el mejor papá y la mejor mamá del mundo. Simplemente se trata de realizar la mejor elección para su descendiente, sin que éste tenga que preferir a

uno, sobre el otro para su convivencia, para que en el mañana pueda dar cuenta de la mejor crianza que recibió aún con y en la separación de sus progenitores, quienes deben en busca de ese fin, dejar de lado sus desavenencias.

Y es que, ser buena madre o buen padre no implica exclusivamente el cuidado y atención del niño o niña, implica también libertad, libertad de expresión, de decidir, para recibir y dar amor, entre muchas otras, todo lo cual debe estar garantizado por quien tenga bajo su cuidado al crio, además de todos los derechos contemplados a partir del artículo 17 del Código de la Infancia y la Adolescencia, entre ellos: a crecer en un ambiente sano, a la protección, a tener una familia y no ser separado de ella, en cuyo cometido deben participar la familia, la sociedad y el Estado, a voces de lo normado en el Título II de la obra en referencia y en el primer evento, contempla el artículo 39, como obligaciones de la familia: promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes, lo que implica respeto por el otro, sea padre o madre, por su vida privada, por su intimidad y por evitar referencias despectivas en su contra, norma extensiva a considerar la violencia en la familia como destructiva de su armonía y unidad, teniendo en cuenta que ella no se genera solamente por malos tratos, sino aquella que se ejerza sobre otro ser humano y que comprende además la violencia psicológica, verbal y hasta la económica, acorde con la Ley 1257 de 2008

8. Régimen de custodia compartida en España

El tema de la custodia compartida es relativa y cronológicamente joven, pues en España la primera ley que reguló el tema fue la Ley 15 de 2005, consecutivamente se promulgó la Ley 2 de 2010 en Aragón, del 26 de mayo; seguidamente, en Catalunya con la promulgación de la Ley 25 de 2010; en Navarra con la Ley Foral 3 de 2011, de 17 de marzo; en Valencia con la Ley 5 de 2011, de 1 de abril y en el País Vasco con la Ley 7 de 2015, de 30 de junio (Becerril & Vanegas, p. 47). Según los doctrinantes que han estudiado el asunto, estas normativas tienen como eje principal el interés superior del menor; ya que los derechos de los niños no se puede ver afectado a raíz de la ruptura matrimonial de sus progenitores, por ello, no se establece un número determinado en que el niño o niña pueda pernoctar con el progenitor que no lo tenga bajo su cuidado; además de lo anterior, en España, por lo general el padre o la madre que se queda al cuidado permanente de los hijos tiene derecho a ocupar el hogar que un día fue el conyugal.

Veamos los aspectos relevantes de las citadas leyes Becerril & Vanegas, p.48):

➤ La Ley 15 de 2005 establece la posibilidad de que los progenitores propongan la custodia compartida, pero en realidad es el Juez quien decide sobre su procedencia luego de escuchar al Ministerio Fiscal, al hijo común menor de edad, y evaluando la relación existente entre ambos progenitores.

➤ Por su parte, la Ley 2 de 2010, en su artículo primero, establece que su objeto es regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo; con la finalidad de promover las relaciones continuadas; además les da la

oportunidad a los cónyuges de llegar a acuerdo respecto de la crianza y educación de los hijos. Así mismo, regula que si no hay acuerdo entre los padres el juez adoptará la custodia compartida de forma preferente, excepto en aquellos casos donde sea más conveniente la custodia individual.

➤ A su vez, la Ley 25 de 2010 de Cataluña, si bien en el capítulo II establece los acuerdos amistosos entre los cónyuges, respecto de los hijos comunes, los mismos deben ser sometidos a consideración del juez quien examina las particularidades de cada caso, para ello evalúa la relación entre los cónyuges y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura. Además, introduce las responsabilidades compartidas, con el fin de evitar que dada la desavenencia matrimonial los hijos se tengan que separar de uno de sus progenitores.

➤ En Navarra, con la Ley Foral 3 de 2011, se buscó actualizar legislación a la realidad social, con el fin de que las decisiones que se adoptarán, respecto a la custodia de los hijos, llevarán implícito la salvaguarda de la familia y la infancia; además de evitar la desigualdad entre los progenitores. Aquí es el Juez quien decide si la custodia de los hijos es compartida o no, para ello se hace necesario la intervención del Ministerio Fiscal y del equipo interdisciplinario, como lo es la utilización de dictámenes. En caso de que se acceda a la compartida se regulará el régimen de convivencia de cada padre con los hijos, garantizándole a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad; por el contrario, si se decide por la individual “el Juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra” (Artículo 3, 5 y 6 de la Ley Foral 3 de 2011).

➤ En Valencia con la Ley 5 de 2011, del 1 de abril, se introdujo el principio de coparentalidad, con la finalidad de garantizarle a ambos progenitores la participación en la crianza y educación acerca de sus hijos menores, una vez se genere la separación entre estos. Igualmente, se estableció el derecho de los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular con ambos progenitores; predominando, en todo caso, el interés de cada menor. Para lograr lo anterior, el legislador, a través de la presente ley, estableció la posibilidad de que ambos padres así lo pacten; en su defecto, cuando ello no sea posible, es la autoridad judicial quien así lo decide, estableciendo las condiciones para que se dé la convivencia compartida.

➤ En el País Vasco con la promulgación de la Ley 7 de 2015, del 30 de junio, se buscó asegurar las relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos e hijas. Para el logro de lo anterior, se introdujo el llamado “convenio regulador^{*}”, que puede ser o no aprobado por el Juez, una vez cuente con el informe rendido por el Ministerio Fiscal, además de escuchar a los menores, siempre y cuando cuenten con 12 años de edad. Igualmente, en su artículo 6 estipuló “la mediación familiar”, a través de la cual los progenitores de forma voluntaria podrán, en cualquier momento, someter sus diferencias a acuerdos sobre los hijos comunes menores de edad.

Como se puede observar, las anteriores leyes tienen como fin principal evitar que dada la disolución matrimonial se afecte el ejercicio de los derechos no patrimoniales; por ello, las

* Son pactos en previsión de ruptura de la convivencia son acuerdos mediante los cuales, previendo la situación de ruptura, las partes regulan las condiciones de las relaciones familiares ante ella, disminuyendo de manera importante la contenciosidad en el momento de la ruptura real.

citadas normativas, en su mayoría, estipulan lo concerniente a la corresponsabilidad parental, entendida como “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a ellos, así como en el principio de coparentalidad, basado en el derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos padres”(Morillas Fernández, p. 93).

Conclusiones

Regular lo atinente a la custodia compartida y establecer las sanciones para aquél o aquella que obstaculice el trato y contacto con los hijos se ha convertido en una necesidad; primero porque a través de dicha figura, ambos progenitores pueden cumplir con los deberes y obligaciones que la ley les imputa por el hecho de ser padres y madres, tales como criar, educar, alimentar, sancionar y corregir a sus hijos con el fin de fórmalos como personas y que a futuro puedan valerse por sí mismos; y en segundo lugar, porque con las sanciones se puede compeler a los progenitores a no realizar conductas tendientes impedirle al otro el trato y contacto del padre con sus hijos. Máxime, sí se tiene en consideración que la norma civil que hoy nos regula debe ir de la mano con la Constitución Política de 1991, con la Ley 1098 de 2006 y con la convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

El Constituyente de 1991, en el artículo 44 estableció entre otros, como derechos fundamentales de los niños y niñas el tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor; pese a lo anterior, día a día se vislumbra cómo en muchas oportunidades son los padres los principales vulneradores de ese mandato constitucional; pues con sus actuaciones impiden que sus hijos puedan desarrollarse de manera armónica e integral y en compañía de ambos padres, sin que el operador jurídico tenga soporte legal para obligarlos a cumplir con los preceptos establecidos en la Constitución Política de 1991.

Por otro lado, el artículo 253 del Código Civil Colombiano estatuye a ambos progenitores el cuidado personal, la crianza y educación de sus hijos; al asignarle la custodia y la tenencia a uno solo de los progenitores le impide al otro cumplir con ese mandato.

Igualmente, hay que tener presente que la conformación en las familias colombianas ha atravesado por ciertos cambios sociales y culturales, debido a que en la actualidad existen varias tipologías de familia, aparte de la nuclear, como por ejemplo, la compuesta, la monoparental paterna, monoparental materna, entre otras; por ello, la custodia compartida es la figura apropiada para cumplir con el contenido del artículo 10 de la Ley 1098 de 2006 que establece la corresponsabilidad de los actores, esto es, familia, sociedad y estado, para garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Además, el artículo 14 de la citada Ley 1098 de 2006 estableció la responsabilidad parental como “la obligación que tiene tanto el padre como la madre con sus descendientes inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de aquellos”.

Ambos progenitores, pese a una ruptura matrimonial o marital, son corresponsables en garantizar al hijo el cuidado, el amor y la atención necesaria para su crecimiento integral. El hecho de que una pareja decida divorciarse, o separarse, no es causal para eximirse del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental que la ley les imputa.

Y es que en los litigios generalmente se ve como en muchas oportunidades las madres impiden que el padre tenga encuentros periódicos con su hijo por el hecho de que aquél incumple con su obligación alimentaria; o, por el contrario, es el padre quien utiliza al hijo para obtener información sobre la vida privada de la madre, estas situaciones vulneran derechos constitucionalmente reconocidos.

Por otro lado, al permitirse la custodia compartida el número de demandas se puede disminuir, ya que no existirían tantos pleitos respecto asuntos como el de visitas, alimentos, custodia, entre otros. Lo mismo ocurriría en el evento en el que se establezcan sanciones para el padre o la madre que entorpezca la relación de los hijos con él que no la tenga permanentemente.

Por lo anteriormente expuesto, y a modo de conclusión, se puede afirmar que es necesario la actualización de la norma civil colombiana, con con el fin de garantizarle al niño, niña y adolescente su desarrollo armonico e integral, pues lo que realmente se debe mirar es que los derechos han sido otorgado en provecho del hijo, por eso las decisiones o aptitudes que desarrollen los progenitores no pueden ir en contravía de los derechos que le han sido reconocidos constitucionalmente a los niños, niñas y adolescentes.

Para lograr lo anterior, la propuesta radica en que se modifique el Código Civil Colombiano en la siguiente forma:

1. Que se incorpore la figura de la custodia compartida, y si es el caso, que se establezca que sean los progenitores los que se trasladen al domicilio del niño o niña y así se evita un cambio brusco en el entrono del menor.

2. Que se impongan sanciones a quien realice conductas inapropiadas, tendiente a entorpecer el fortalecimiento de la unidad familiar, más allá de una pequeña amonestacion pecuniaria. La propuesta es que el progenitor que incurra en tal conducta sea considerado indigno de ejercer la custodia o en su defecto que haga parte de las causales establecidas para la privación de la patria potestad, regulada en el artículo 315 del Código Civil Colombiano.

Referencia

Acuña San Martín, M. (2015). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Madrid, España: Dykinson.

Becerril, D & Venegas, M. (s.f). *La Custodia Compartida en España*. Madrid: Dykinson.
Meléndez Valdés, 61 - 28015.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-523 de 1992*. Magistrado Ponente
Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T-500 de 1993*. Magistrado Ponente
Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia C-371 de 1994*. Magistrado Ponente
José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia T-182 de 1996*. Magistrado Ponente
Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-425 de 2005*.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-577 de 2011*. Magistrado Ponente .
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia T-266 de 2012*. Magistrado Ponente
Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-261 de 2013*. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-044 de 2014*. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-071 de 2016*. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-946 de 2014*. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-246 de 2016*. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-705 de 2016*. Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-153 de 2017*. Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017). *Sentencia STC5357-2017*. Magistrado Ponente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

García Presas, I. (2013). *La patria potestad*. Madrid, España: Dykinson. Madrid, España 2013.

Juzgado Segundo de Familia de Envigado. (2015). *Sentencia N° 228 del 29 de abril de 2015*,

Juez a cargo, Alicia María Álvarez Pajón, radicado 05266 31 10 002 2014 00059 00

Medina Pabón, J. E. (2011). *Derecho Civil Derecho de Familia*. 3ª ed. Bogotá, Colombia:

Universidad del Rosario.

Monroy Cabra, M. G. (2009). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia* 12ª ed. Bogotá:

Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Montoya Echeverry, G. (2001). *Introducción al Derecho de Familia*. 1ª ed. Medellín,

Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Morillas Fernández, M. (2012). *Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor. España*.

Naranjo Ochoa, F. (2002). *Derecho Civil Personas y Familia*. 9ª ed. Medellín, Colombia:

Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Parra Benítez, J. (2008). *Derecho de Familia*. 1ª ed. Bogotá, Colombia: Temis S. A.

Parra Benítez, J. (2017). *Derecho de Familia*. 2ª ed., Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Pérez Martín, A; Forcada Miranda, F. J; Tamborero, R; García Llorente, M. Á. & Arch

Marín, M. *La nueva regulación del derecho de familia*. Madrid, España: Dykinson.

República de Colombia. Código Civil Colombiano

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Diario Oficial No.

48.489 de 12 de julio de 2012.

República de Colombia. Congreso de la República. (2006). *Ley 1098 de 2006*. Código de la Infancia y de la Adolescencia. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006

República de Colombia. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

Suarez Franco, R. (1999). *Derecho de Familia*. Tomo II. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Suarez Franco, R. (2001). *Derecho de Familia*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Tafur González, Á. (2016). *Código Civil Anotado*. 35^a ed. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Cibergrafía

- Alarcón-Palacio, Y. (2011). *Constitucionalismo y galantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia*. *Vniversitas*, (122), 363–393. Retrieved from, Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S004190602011000100013
- Barcia Lehmann, R. (2012). *Custodia Compartida De Los Hijos*. *Ius et Praxis*, 18(2), 441-474. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S071800122012000200016>
- Benítez, J. P. (2016). *El carácter constitucional del derecho de familia en Colombia*. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (97), 33–53. Retrieved from: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6605>
- De Urina, H. V., Cadena, M. A., Díaz, L. F., Bedoya, C. A., & Sánchez, J. D. (2015). *Modificaciones de la estructura jurídica de la familia en Colombia como resultado de las sentencias creadoras de Derecho de la Corte Constitucional*. *Revista Justicia*, 18(24). Retrieved from <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/ojs/index.php/justicia/article/view/146>
- Domínguez, C. (2016). *La paternidad en el derecho: una visión comparada*. Medellín. *Biblia, Teología Y Pastoral Para América Latina Y El Caribe*, 37(148), 525–550.

Retrieved from
<http://documental.celam.org/medellin/index.php/medellin/article/view/97>

Guío Camargo, R. E. (2009). *El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Retrieved from
<http://repository.ucatolica.edu.co:8080/handle/10983/573>

Jaramillo Sierra, I. C.; Ripoll Núñez, K. & Vargas Trujillo, E. (2015). *Decisiones sobre custodia y visitas: la perspectiva jurídica y familiar*. Bogotá, Colombia: Kimpres S.A.S. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.7440/2015.74>

Infobae Tendencias. (abril 30 de 2017). *Alienación parental: los chicos como trofeos de una separación*. Disponible en:
<https://www.infobae.com/tendencias/2017/04/30/alienacion-parental-los-chicos-como-trofeos-de-una-separacion/>

López Rave, C. L., Montoya de Herrera, H. E., & Rivera Arévalo, C. M. (2011). *Efectividad de las acciones legales, frente a la ausencia de reconocimiento de paternidad de los niños, niñas y adolescentes*. Universidad Libre de Pereira. Retrieved from
<http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/handle/123456789/313>

México. (2010). *Código Civil Federal*, reformado a través de DOF 28-01-2010, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Código%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>

Ríos, N. R. (2000). *Crónica sobre el XI Congreso Internacional sobre Derecho Familiar.- Familia de Hoy y Familia del Futuro*. *Docentia et Investigatio*, 2(3), 109–112.

Retrieved

from

<http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10522>

Tobón Berrío, L. E. (2015). *Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: Patria potestad y autoridad parental*. *Critical Interpretation*

of Regulatory Institutions of the Children-Parents Relationships: Custody and Parental

Authority.,

45(122),

153–173.

Retrieved

from

[https://ezproxy.eafit.edu.co/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=t](https://ezproxy.eafit.edu.co/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=109300659&lang=es&site=eds-live)

[rue&db=fua&AN=109300659&lang=es&site=eds-live](https://ezproxy.eafit.edu.co/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=109300659&lang=es&site=eds-live)