

**FACULTAD DERECHO
PROGRAMA DE PREGRADO
BOGOTÁ D.C.**

LICENCIA: CREATIVE COMMONS - ATRIBUCIÓN NO COMERCIAL 2.5 COLOMBIA (CC BY – NC 2.5)

AÑO DE ELABORACIÓN: 2017

TÍTULO: La asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños y adolescentes en Colombia, derechos y obligaciones de los padres

AUTOR (ES): Castro González, Andrea María

DIRECTOR(ES)/ASESOR(ES): Laverde, María Inés

MODALIDAD: Artículo De Reflexión

PÁGINAS: **TABLAS:** **CUADROS:** **FIGURAS:** **ANEXOS:**

CONTENIDO:

INTRODUCCIÓN

1. DERECHOS Y FAMILIA.

2. ASIGNACIÓN DE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES FRENTE A LA ASIGNACIÓN DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

CONCLUSIONES

REFERENCIAS

PALABRAS CLAVES:

CUSTODIA Y PROTECCIÓN PERSONAL, DERECHOS FUNDAMENTALES, FAMILIA COMO EJE CENTRAL DE LA SOCIEDAD.

DESCRIPCIÓN:

La estructura familiar en Colombia se ha visto modificada con el pasar de los tiempos, desde la perspectiva sociológica, la familia es considerada como la máxima institución social. En consecuencia de los cambios sociales vividos en Colombia, y las dinámicas socioeconómicas, Por ello, esta investigación tiene como objetivo reconocer los diferentes elementos legales y jurisprudenciales en el marco de la asignación de la custodia y protección personal de hijos a padres, y así permitir a la comunidad en general conocer sus derechos y obligaciones para una mejor comprensión y conocimiento de la norma y mitigar la disputa en la que se ven involucrados. Así como mejorar el acceso y utilización de las entidades legales correspondientes. En respuesta a lo anterior, el presente documento expone los elementos jurisprudenciales y las consideraciones legales de la asignación de la custodia en Colombia, teniendo en cuenta los diferentes elementos legales que aseguran el adecuado desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, los derechos y deberes que plantea el Estado colombiano para favorecer los procesos jurídicos. Por último, se presentan otras variables asociadas al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes frente al concepto de familia, para lograr una mayor comprensión de las consecuencias de la asignación del cuidado personal, la crianza y la educación.

METODOLOGÍA

Se utilizó una metodología analítica, interpretativa y crítica sobre la asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños y adolescentes en Colombia, derechos y obligaciones de los padres

CONCLUSIONES

De acuerdo con esto, las investigaciones en el contexto Colombiano, sugieren que existen problemáticas asociadas al momento de la separación o desintegración de la familia, a consecuencia del divorcio, así como al momento de la asignación del cuidado personal, la crianza y la educación de los hijos legítimos de la pareja.

De otro lado, han de considerarse elementos asociados al desarrollo socio afectivo y la socialización en la infancia está relacionado con la participación, la crianza y la estimulación en la familia, como se destaca en los lineamientos en los cuales se resaltar la participación del padre y la familia en la crianza y desarrollo infantil y en la importancia de identificar y optimizar las fortalezas de la familia en la crianza de los niños y niñas, el desarrollo psicosocial en la infancia influirá significativamente en las oportunidades de aprendizaje y sociales que pueda tener en el futuro.

Desde esta perspectiva los estudios realizados, por la Universidad Nacional de Colombia, indican que existen numerosos casos que presentan dificultad en relación al proceso de conciliación a la hora de la asignación del cuidado personal de los hijos. Situación que agudiza la dificultad para impartir adecuados modelos de crianza y desfavorece el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes justificado en el cumplimiento

de las normas y leyes establecidas, lo que parece descuidar otros fenómenos sociales asociados al proceso legal de asignación de cuidado personal.

En materia de la conciliación la Ley 640 de 2001, plantea en el Artículo 1° del acta de conciliación, en el Parágrafo Primero (1) que “a las partes de la conciliación se les entregará copia auténtica del acta de conciliación con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo” (p.1) adicional en el Artículo 8° se especifican las obligaciones del conciliador, del mismo modo en el Artículo 31° se especifica que la conciliación extrajudicial en materia de familia, en donde se expone que:

La conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios (p. 7).

Hasta este punto se presentaron los Derechos y Obligaciones de los padres frente a la custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, así mismo los roles de ambos frente a estas situaciones, se les da a conocer como medio rápido y eficaz la importancia de la conciliación y que ambas partes tengan el ánimo de llegar a acuerdos satisfactorios, siempre teniendo claro que lo importante son los derechos de sus hijos.

Además de esto, ha de tenerse en cuenta, que existen otras variables que deben ser contempladas por el Estado y las instituciones responsables de la asignación de la custodia. Algunas de estas, a modo de conclusión se relacionan, con el desarrollo emocional y

afectivo, así la educación que es responsabilidad del núcleo familiar. Por tanto, ha de considerarse que el proceso de asignación del cuidado personal además de responder frente a las disposiciones legales, debe responder a las necesidades individuales de los niños, niñas y adolescentes y por tanto ha de considerarse que los elementos diferenciales contenidos en los derechos fundamentales, deben ser objeto de conocimiento de los padres.

Elementos tales como las consecuencias de la asignación de la custodia en el desarrollo del menor, en donde se espera el apoyo interdisciplinar de otros profesionales que favorezcan el reconocimiento de las variables asociadas a las pautas de crianza en el contexto familiar, estas comprendidas como un proceso, que cuentan con un inicio y que se van desarrollando conforme pasa el tiempo, y que comprende comportamientos aprendidos de los padres, lo que evidencia que los padres son modelos de guía para las conductas de los niños, algunos autores las definen como certezas compartidas por los miembros de un grupo, que brindan fundamento y seguridad al proceso de crianza, como también se relacionan con el desarrollo infantil, las diferentes concepciones de niño, la clase social, las costumbres y normas socio-históricas y culturales.

Además de cooperar en la comprensión y apoyo socioemocional de los menores que se enfrentan al proceso de asignación del cuidado personal, en la medida en que este es contemplado como un proceso que puede afectar considerablemente el desarrollo emocional de los niños, niñas y adolescentes, en la medida en que se caracteriza como un duelo de pérdida frente a la figura materna o paterna dentro del núcleo familiar.

Es necesario aclarar que en el duelo por separación no hay un estereotipo en común, las variables son complejas por lo que es difícil predecir los efectos en los niños (Martínez, 2010). Los modelos de educación que deben suministrar información en las entidades

encargadas de la asignación del cuidado personal, deben estar orientados a permitir a los padres reconocer lo diferentes niveles en los que se ve afectado el menor a consecuencia de la sedación y división del núcleo familiar.

De acuerdo con la literatura en disciplinas como la sociología, la antropología y la psicología, hay dos niveles que se debe explicar a los niños: el primero es el nivel conyugal es propio de la relación de pareja, hay que aclararle al niño desde este nivel que la separación es de la pareja, el segundo punto es el nivel parental que es propio del ejercicio paterno, desde este nivel se le debe aclarar al niño que no hay separación como padres (Acuña-San Martín. 2014). El problema es cuando estos niveles se entremezclan y el rol parental se ve afectado por la misma separación.

De acuerdo con Santamaría (2013) en todo proceso de separación hay varios momentos, el primero es un duelo anticipado, es el previo a la separación, los padres se preocupan por la separación en sí pero la prioridad debe ser los hijos, un error que cometen algunos padres es asumir que el niño se da cuenta de lo que sucede y en consecuencia los padres no le dicen nada sino hasta días antes de que alguno de los conyugues se marche, esto hace que el niño sufra en silencio, se aislé dentro de la propia familia y tenga fantasías, por eso es importante que los padres hablen con sus hijos de manera clara y sencilla para dejarle claro que no es su culpa, anticiparse a sus emociones y explicarle que la situación es dolorosa pero que sus padres estarán ahí para él, hacerle entender que por qué aunque se separen no dejaran de ser sus padres ni se les dejara de querer, se debe evitar peleas y reclamos frente a los niños porque puede generar inseguridad, tristeza, miedo a ser abandonados y crear fantasías como por ejemplo que ellos son la causa de conflicto.

El segundo momento es la separación real y es cuando uno de los padres abandona el hogar, en este momento el niño se encontrara desconcertado y mostrara todo el repertorio conductual y emocional como en el caso de la muerte de un ser querido y el tercer momento comienza después de la separación real y da inicio a la elaboración del duelo que para tal caso es el mismo frente a la muerte (Santamaría, 2013).

Desde esta perspectiva es necesario sensibilizar a los padres que afrontan el proceso de separación y asignación del cuidado personal de sus hijos por dicha causa, en el niño probablemente afecta su rendimiento académico, su autoestima se ve afectada al verse solo con uno de sus padres mientras que sus compañeros se acompañan de los dos padres, además surgen incógnitas que no pueden resolver desde su conocimiento infantil. En tanto puedan comprender que el divorcio produce un impacto emocional en los niños, los niños crecen con temor y posteriormente se les dificulta entablar relaciones amistosas. Cuando se les comunica la decisión de la pareja todo el sistema organizativo y el concepto de familia se viene abajo, el niño debe reestructurar sus conceptos y no resulta una tarea sencilla.

Es necesario que tanto padres entiendan que llegar a un acuerdo resulta beneficioso para todos, la separación es de los padres no de los hijos, la separación o divorcio no supone perdida de alguno de los padres , los niños no son propiedad exclusiva del padre o la madre, el divorcio no significa que las obligaciones educativas y económicas compartidas se ceden, debe prevalecer la calidad de relación y tiempo compartido con los hijos, de ninguna manera se debe usar a los hijos para manipular al otro y facilitar a los hijos la adaptación a nuevas parejas.

Del mismo modo, las investigaciones sugieren elementos asociados a las relaciones entre el contexto familiar y los problemas de comunicación como uno de los factores de

riesgo para el ajuste psicológico de los adolescentes; además, analizaron la influencia de los problemas de comunicación padre y madre, también plantean la posibilidad de la bidireccionalidad; es decir, que el ajuste emocional de los adolescentes afecta la comunicación y la dinámica familiar (Martínez, 2010). En conclusión todo lo anterior trabaja de manera sistemática y correlacional en el desarrollo de adecuados modelos de educación intrafamiliar, pautas de crianza adecuadas y el desarrollo normal desde una perspectiva biopsicosocial, que proporcione bienestar y calidad de vida en las familias de niños en la primera infancia y la edad escolar.

Referencias

- Acuña San Martín. M. (2014). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Madrid: Dykinson S.L.
- Aguirre, E. (2000). Socialización y prácticas de crianza. En E. Aguirre, & E. Durán, (Ed) *Socialización: Prácticas de Crianza y cuidado de la salud*. Bogotá, D. C., CES Universidad Nacional de Colombia. Recuperado en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1548/2/01PREL01.pdf>
- Álzate, M. (2003). El descubrimiento de la infancia, modelos de crianza y categoría sociopolítica moderna. *Revista de Ciencias Humanas*. 9(1). 17- 24.
- Bouquet, R. & Londoño, A. (2009). Pautas, prácticas y creencias acerca de crianza: ayer y hoy. *Revista Liberatit*, 15(2):167-180.

Cardona, V. (2016). Los conflictos más frecuentes por la custodia de los hijos. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. *UN periódico*. Edición 198. Recuperado de <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/los-conflictos-mas-frecuentes-por-la-custodia-de-los-hijos.html>.

Ceballos, M. (2013). Ser madres y padres en familias homoparentales: Análisis del discurso de sus percepciones sobre la educación de sus hijos e hijas. En *ENSAYOS, Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, 27, 143 - 158

Constitución Política de Colombia. (1991). *Revisada y actualizada*. Bogotá: Leyer.

Daza, S.M. (2015). *Derecho de Familia. Apuntes de la estructura básica de las relaciones jurídico familiares en Colombia*. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.

Duarte, R. (2015). *Custodia compartida en Colombia “análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado”*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

Gómez, J.E. (2011). *Custodia y cuidado personal de los hijos*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes. Congreso Visible. Recuperado de: <http://www.congresovisible.org/agora/post/custodia-y-cuidado-personal-de-los-hijos-menores/2805/>.

Gutiérrez, M. (2004). *Investigación de análisis Jurisprudencial del Derecho constitucional y familia*. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana.

Henao, G., Ramírez, C. & Ramírez, L. (2007). Las prácticas educativas familiares como facilitadoras del proceso de desarrollo en el niño y la niña. *AGO.USB*. 7(2), 199-385.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF. (2010). *Niños al derecho*. Recuperado de <http://www.icbf.gov.co/icbf/ninosalderecho/pdf>.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF. (2012, Agosto 31). *Concepto 000137/12. Asunto: Consulta sobre reglamentación de visitas y alimentos*. Recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000137_2012.htm.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF. (2012, Septiembre 6). *Concepto 139 /12. Asunto: Derecho de Petición radicado bajo el No. 046668 del 30 de julio de 2012*. Recuperado de [.http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000139_2012.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000139_2012.htm).

Kelly, B. (2000). El ajuste de los niños en el matrimonio y el divorcio en conflicto: una revisión de la década de la investigación. *J Am Acad Child Adolesc Psiquiatría*. 39 (8), 963 - 73.

López, C. (2005). *Manual de derecho de familia y tribunales de familia*. (Tomo I). Santiago de Chile: Librotécnica.

López, A. & Valpuesta, R. (eds). (2017). *Derecho de familia*. (2ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch

- Martínez, A. (2010). Pautas de crianza y desarrollo socio afectivo en la infancia. *Revista diversitas: perspectivas en psicología*. 6(1). 75-83.
- Mestre, M. (2007). Estilos de crianza en la adolescencia y su relación con el comportamiento prosocial. *Revista Latinoamericana de Psicología*. 37(2), 211-225.
- Millán de Benavides, C; (2013). Estudios de familia y agendas emergentes. *Revista VIA IURIS*, 15, 105-117.
- Monroy-Cabra, M.G. (2012). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. (14ªed). Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Mora, A. & Rojas, A. (2005). Estilo de funcionamiento familiar, pautas de crianza y su relación con el desarrollo evolutivo de niños de bajo peso al nacer. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, niñez y juventud*. 3(1). 1-25.
- Morales, H. & Castillo, J. (2011). La custodia parental compartida: un análisis desde la perspectiva de género y de derecho. *Justicia*, 20, 56-70.
- Murueta, M, & Osorio, M. (2009). *Psicología de la familia en países latinos del siglo XXI*. México D.F.: Asociación Mexicana de Alternativas en Psicología.
- Naciones Unidas (1959, noviembre 20) *Declaración de los Derechos del Niño*. Adoptada y aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 1386 (XIV). Recuperado de <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>.

- Naciones Unidas (1989, noviembre 20). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid: UNICEF. Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Noonan, L.P. (1984). *Efectos del conflicto a largo plazo sobre el funcionamiento de la personalidad de los hijos de divorcio*. Instituto Wright de Psicología, Berkeley.
- Pojman, E.G. (1982). *Adaptación emocional de menores en tenencia monoparental y compartida comparada con adaptación en familias felices e infelices*. L.A. California. Instituto de Graduados de California (UMI)
- Posada, A, Gómez, J & Ramírez, H. (2008). Crianza humanizada: una estrategia para prevenir el maltrato infantil. *Acta Pediátrica de México* 29(5). 45-53.
- Quintero A. (2009). Contingencias de las estructuras familiares del milenio. *Revista AGO USB*, 9(2), 307-326.
- Ramírez, C. (1998). *Desarrollo económico y social en el siglo XX, población e indicadores sociales*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Investigaciones para el Desarrollo, CID.
- Rodríguez, A. (2007). Principales modelos de socialización familiar. *Foro de Educación*. 9(1) 91-97.
- Rubiano, N. & Wartenberg, L. (1991). Hogares y redes familiares en Centros Urbanos. *Congreso de Trabajo Social*, Cali, Colombia.

Sánchez, A, M. & León, F. (2015). Sentencia del 4 de marzo de 2015: primer pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en torno al feminicidio. *Universidad. Estudios. Bogotá (Colombia)*, 12, 293-309.

Santamaría, C. (2013). *Afrontamiento de pérdida: duelo/divorcio. Curso de actualización en pediatría* (págs. 433-439). Madrid: AEPap.

Suárez Franco, R. (2006). *Derecho de familia*. Bogotá: Temis S.A.

Vela, A.C. (2015). *Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en América Latina*. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia.

Viloria, C. (2005). La educación emocional en edades tempranas y el interés de su aplicación en la escuela: programas de educación emocional, nuevo reto en la formación de los profesores. *Tendencias pedagógicas*, 10, 107-124.

Normatividad

Ley 57 de 1887 (abril 15). Sobre adopción de Códigos y Unificación de la legislación nacional.. Bogotá: Consejo Nacional Legislativo. *Diario Oficial 7.019* del 20 de abril de 1887.

Ley 12 de 1991 (enero 22). Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada

por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Bogotá D.C. Congreso de Colombia. *Diario Oficial 39.640* del 22 de enero de 1991.

Ley 599 de 2000 (julio, 24). Por la cual se expide el Código Penal. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial 44.097* del 24 de julio de 2000.

Ley 640 de 2001 (Enero 5). Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial 44.303* del 24 de enero de 2001.

Ley 890 de 2004 (Julio 7). Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial 45.602* del 7 de julio de 2004.

Ley 1098 de 2006 (noviembre, 8). Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial 46.446* del 8 de noviembre de 2006.

Ley 1361 de 2009 (diciembre 3). Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial 47.552* del 3 de diciembre de 2009.

Ley 1564 de 2012(julio 12). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. Congreso de Colombia. *Diario Oficial 48.489* del 12 de Julio de 2012.

.Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia (1992, Septiembre, 18). Sentencia T-523/92 Derecho a la Familia-Principio de Unidad. El régimen de visitas. Ref.: Expediente 2598. Magistrado Ponente Ciro Angarita

Corte Constitucional de Colombia. (1993, Octubre 29). Sentencia No. T-500/93. Régimen de visitas/medio de defensa judicial/derechos del niño. Ref: Expedientes T-16.717 Y 16.719. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia. (1996, Febrero 7). Sentencia No. T-041/96. NASCITURUS-Protección. Ref.: Expediente T-79788. Tema:- El derecho de tener una familia y no ser separado de ella. - La intervención del Estado en el ámbito familiar. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (2009, Noviembre 27). Sentencia T-868/09. Medio d Defensa Judicial-Custodia de menor. ACCION DE TUTELA-Insuficiencias argumentativas del Juzgado al resolver el proceso de custodia y cuidado personal de menor de edad. Referencia: expediente T-2324202.Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (2011, Julio 12). Sentencia T-557/11. Prevalencia De Los Derechos Del Niño-Desarrollo del principio del interés superior del menor. Referencia: expediente T-2983421.Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2011, Noviembre, 24) Sentencia T-884/11. Derechos del niño a tener una familia y a no ser separado de ella-Criterios para determinar la idoneidad del grupo familiar. Defensor de Familia-Facultad para promover conciliación extrajudicial entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente. Referencia: expediente T-2935837. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. (2014, Marzo, 3). Sentencia T-115/14. Acción de Tutela Contra Particulares-Caso en que padre de dos menores solicita mantener contacto con éstos y que sea cumplido el régimen de visitas que ha sido entorpecido por la madre de los menores. Referencia: expediente T- 4.025.750. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional de Colombia. (2014, Abril 9). Sentencia C-239/14Ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad-Inexistencia de Omisión Legislativa Relativa por no estar en el mismo plano de igualdad. Demanda de inconstitucionalidad: en contra del artículo 7 de la Ley 890 de 2004. Referencia: Expediente D-9855. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (2016, Junio 2). Sentencia T-292/16. Protección constitucional a la familia-Jurisprudencia constitucional. Familia-Reconocimiento constitucional a partir de contrato matrimonial, de crianza, extendida, monoparental, ensamblada y uniones de hecho. Referencia: expedientes T-5.273.833 y T-5.280.591 (Acumulados). Magistrado: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.