

**VIABILIDAD DE LA MODALIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA DEL  
MODELO AMERICANO EN EL CONTEXTO DE LA FAMILIA COLOMBIANA**

**AUTORES**

**DIANA CAROLINA MARTÍNEZ ARIZA COD. 41071954**  
**CLAUDIA ALEJANDRA PRIETO GUTIÉRREZ COD. 041111485**  
**CHRISTIAN FERNANDO GONZÁLEZ JIMÉNEZ COD. 0411524**  
**GUSTAVO ADOLFO ORTIZ ORTIZ COD. 042094002**

**BELISARIO DAZA GONZALEZ**  
**Coordinador Área de investigación**

**MONOGRAFIA DE INVESTIGACIÓN**



**UNIVERSIDAD LIBRE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS**  
**BOGOTA D.C.**

**2018**

## DEDICATORIA

*“Sabemos muy poco, y sin embargo es sorprendente que sepamos tanto,  
y es todavía más sorprendente que tan poco conocimiento nos dé tanto poder”.*

*(Bertrand Russell 1872-1970).*

*“No basta saber, se debe también aplicar.  
No es suficiente querer, se debe también hacer”.*

*(Goethe, 1749-1832).*

El presente trabajo de investigación  
para optar al título de Abogados de la  
Universidad Libre de Bogotá.

## AGRADECIMIENTOS

*A las personas que durante el transcurso de la carrera y de la vida nos apoyaron e impulsaron para que día a día fuera posible formarnos como personas íntegras y con los valores, formación para poder ser excelentes profesionales. (Madre, Padre, hermanos familia, Amigos, Docentes),*



## **AUTORIDADES ACADÉMICAS**

### **Fundadores**

General Benjamín Herrera  
General Rafael Uribe Uribe.

### **Presidente Nacional**

Dr. Jorge Orlando Alarcón Niño.

### **Rector Nacional**

Dr. Fernando Enrique Dejaron Rodríguez.

### **Censor Nacional**

Dr. Ricardo Zopó Méndez.

### **Secretario General**

Dr. Floro Hermes de San José Gómez.

### **Presidente Sede Principal**

Dr. Julio Roberto Galindo Hoyos.

### **Rector Sede Principal**

Dr. Julio Roberto Galindo Hoyos

### **Decano Facultad de Derecho**

Dr. Carlos Arturo Hernández Díaz.

### **Secretario Académico**

Dr. Nelo Armando Cañón Suarez.

### **Director del Centro de Investigaciones**

Dr. John FitzGerald Martínez Vargas.

### **Coordinador Centro de investigaciones**

Dr. Belisario Daza González.

## TABLA de CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	10
CAPÍTULO I .....	14
GENEALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN .....	14
1. CONTEXTUALIZACIÓN ACTUAL DE LA CUSTODIA EN COLOMBIA .....	14
1.1 Aproximación a la modalidad de custodia, generalidades y regulación. ....	15
1.2 Antecedentes Históricos de la Custodia .....	16
1.2.1 Comportamiento desde el ámbito Internacional. ....	16
1.2.2 Comportamiento en el ámbito Nacional. ....	20
1.3 Modelo legal de custodia en Colombia .....	21
1.4 Señalamiento Jurisprudencia Actual: .....	24
1.5 Estado General de las Investigaciones. ....	29
CAPÍTULO II .....	34
CONCEPTUALIZACION ACTUAL DE LA «CUSTODIA COMPARTIDA» .....	34
2.1. Representación de los Padres “patria potestad”. ....	34
2.2 Guarda y Custodia (Ley 1306/2009).....	37
2.3 Perspectiva Teórica .....	38
2.3.1 Teoría del origen de del Derecho a la Familia “Engels” .....	38
2.3.2 Teoría de “Coase”.....	40
2.3.2 Enfoque Teórico de La Igualdad vs interés Superior del menor. ....	42
CAPÍTULO III.....	44
VIABILIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	44
3.1 Protección al menor del Derecho a la Familia .....	44
3.2 Deberes esenciales de los padres.....	46
3.2.1 «Obligaciones de crianza, educación y establecimiento».....	46
3.2.2 Respetto de las relaciones progenitores e hijos “cuidado personal”.....	47
3.2.3 Crianza, educación y establecimiento. ....	47

3.2.4 La autoridad paterna.....	49
3.2.5 Los deberes de Orientación y Corrección.....	49
3.3 Deberes de la obligación alimentaria.....	50
3.3.1 Petición de Alimentos de Menores.....	51
3.3.2 Procedimiento de Alimentos.....	52
3.3.3 Procedimiento de Conciliación.....	53
3.3.4 Fijación Provisional cuota alimentaria.....	54
3.3.5 Forma y medidas especiales a la obligación de alimentos.....	54
3.4 Configuración de la custodia.....	55
3.5 Efectos de la «custodia compartida».....	56
3.6 La fijación del domicilio.....	57
3.7 Régimen de visitas.....	57
4. Proposición Criterios (custodia compartida).....	59
5. Robert Alexi. “el concepto y la validez del derecho”.....	60
TRIANGULACIÓN METODOLÓGICA.....	64
Población y Muestra.....	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72
ANEXOS.....	78

**LISTA DE IMÁGENES**

Ilustración 1. Documento. “abuso de custodia” .....	28
Ilustración 2. La función de utilidad altruista .....	41
Ilustración 3. Enfoque posible solución teórica del problema .....	61
Ilustración 4. Triangulación Metodológica .....	64
Ilustración 5. Cifras de todo el país de Divorcio - Separación - Matrimonios civiles .....	90



**LISTA DE TABLAS**

Tabla 1. Marco Normativo de la Custodia.....	23
Tabla 2. Reflejo de Universo de la población y la Muestra.....	66

## INTRODUCCIÓN

El presente escrito de investigación socio jurídica trata un tema de actualidad y relevancia en el derecho de familia, el referir la situación jurídica de la custodia compartida del menor; en cuanto a la viabilidad de esta institución. Tema de especial relevancia en la sociedad a nivel general, de carácter puramente personal y familiar de la relación de padres e hijos, cuando se deriva de la figura del divorcio entre parejas, lo mismo que de separaciones de hecho o de derecho en cuanto a quien va a encargarse de «la crianza, cuidado y educación», de los menores del núcleo familiar, en este caso se alude a la modalidad de «custodia compartida». En muchos países se asiste a esta modalidad como se verá. En Colombia este derecho específico es otorgado voluntariamente o por orden judicial a la persona que se va a ser cargo del menor.

Por ello, esta investigación se desarrolla de acuerdo con **línea del derecho** sustancial de derecho privado, familia; investigación socio jurídica de la institución universitaria, en virtud de la importancia de llevar a cabo la misión y visión de esta, forjando conocimientos en el área de derecho civil personas y familia, se desprende de la dinámica institucional y de la sociedad.

Así las cosas, se pretende desarrollar el **objetivo general** que en la presente investigación es analizar la viabilidad de la custodia compartida conforme a la práctica jurídica en Colombia en tales condiciones, se facultad obtener los siguientes **objetivos específicos**, como es **describir** la modalidad de custodia, sus antecedentes, como la aproximación de la regulación en el ordenamiento jurídico del menor (niño, niña y el adolescente) existente en Colombia, desde la óptica de la familia colombiana que incurre en la separación de las parejas ya sea de hecho o de derecho; el **identificar** que argumentos se encuentran de la modalidad de la «custodia compartida» en Colombia, sea una modalidad válida y eficaz y el **revisar** cómo se implementa jurídicamente la figura de la custodia compartida de la modalidad americana en el ordenamiento legal civil y familia vigente en Colombia; permitiéndose considerar las falencias relativas a la prevalencia de la modalidad custodia por las in distintas circunstancias “separación” “divorcio”, “no vida en común” de sus progenitores vislumbrar si esta modalidad es el mecanismo necesario del régimen de los progenitores frente al menor.

En atención a lo anterior se busca abordar la siguiente **pregunta de investigación** *¿Cuál es la viabilidad de la modalidad de la custodia compartida del modelo americano en el contexto de la familia colombiana?*

Para dar respuesta, al interrogante se desarrolla una estrategia **metodológica** de investigación explicativa de tipo mixto, en cuanto a que es cualitativo desde las fuentes primarias y secundarias; las encuestas realizadas, la perspectiva analítica documental de la norma, la reseña de la historia de custodia en Colombia y es cuantitativa a partir de la observación del ejercicio de campo que se señala más adelante como la encuesta realizada a 50 tocados transeúntes y la exposición del estudio que se detalla en los resultados; el **enfoque** de corte socio jurídico que se pretende desarrollar frente a incluir la modalidad «custodia compartida» del modelo americano ubicada en el paradigma crítico en el ordenamiento legal colombiano tomar como partida **la hipótesis** de admitir como viable jurídica, la realidad social de la familia en Colombia, conforme a la prevalencia del menor y la garantía de una vida digna en aplicación a principios y derechos conexos el modelo de «custodia compartida» un proyecto encaminado a adicionar la norma y mejorar la situación socio afectiva de quienes incursionan en estas situaciones y la no vulneración de derechos de los mismos.

Esta investigación se apoya en el análisis desde la «Constitución Política de Colombia» como conjunto de relaciones del Estado, sociedad, familia que consagra la protección especial a la niña, niño y adolescente que se establece como «Derecho de los niños», como lo señala la Constitución en el artículo 44 que establece el cuidado y el amor como Derecho Fundamental y prevalente de los menores, a este tenor el «Código de la Infancia y la Adolescencia determinan que «los menores tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia» (Ley 1098, 2016. Art. 22). En el Código Civil Tít. 12, libro primero no define, ni conceptualiza el cuidado propio. pero indica los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos.

No olvidar que los niños, niñas y adolescentes gozan del Derecho a la custodia recaiga directamente en sus padres de forma permanente, solidaria, oportuna e inmediata en el compromiso de su desarrollo integral, así lo prevé en norma, la Ley 1098, 2016 señala el derecho del niño, niña y adolescente de «*la custodia*» interpretada como un límite al derecho de los

menores y un encargo para los padres, relativo a los deberes al tener a cargo, al ser personas sometidas a ellas tanto al cuidado, crianza, educación de los hijos, que garanticen su desarrollo integral en el conjunto de las relaciones que la ley reconoce, si la relación de los padres se ha disuelto o por que no estén casados les corresponde el encargo como padres de los menores habidos en el seno de la familia cuando viven juntos, independientemente sea una situación de hecho o de derecho.

Es así como la observación documental refleja **la situación problémica** de casos derivados de un conflicto de pareja que busca quien se debe quedar con los menores habidos en esa unión y que posteriormente es llevado a instancias judiciales, el hecho trasciende en la custodia la tiene en la mayoría de casos la madre; cuando en realidad toca de consuno a ambos padres, tener en cuenta al padre también, el prestar atención el contexto jurídico como axioma que se deba agregar explícitamente a la norma y que no se ha implementado esta modalidad de custodia en Colombia, una idea positiva que impera en otros países denominada modalidad compartida.

El referente **teórico** se orienta por la cultura jurídica un enfoque funcionalista a su vez, la relación del orden jurídico y el orden social configura una estructura de validez permitiendo desarrollarse desde las ópticas teóricas al referirse al “origen de la familia” como objeto fundamental de Federico Engels, 1884; igualmente de la teoría de la “teoría de la igualdad” de Dworkin, 2000 por la que se apoya la investigación en la de teoría de la ponderación de Rober Alexi, 2009 como un posible enfoque de solución.

De esta forma este escrito se divide en acápites; el primer acápite se realiza la contextualización del tema a investigar; un acercamiento a la definición de custodia, una exposición de los antecedentes; como del comportamiento nacional e internacional países como España, Francia, Suecia, Ecuador, Argentina, eje fundamental de la situación problemática; la formulación metodológica de la situación jurídica hasta su desarrollo, continuando con la perspectiva legal como se encuentra regulado en Colombia la modalidad de custodia finalmente

con el análisis y aspectos generales del estado del arte pretendiendo detallar elementos de continuidad, superación y novedad, que es necesario indagar y evidenciar de esta propuesta de investigación y lograr una visión de la problemática de la realidad de la sociedad colombiana frente de la «custodia compartida» vista como forma directa en comprometerse plenamente y apropiada en pro del desarrollo integral del menor.

Posteriormente el segundo acápite infiere la conceptualización se expone el marco referencial, conceptual y teórico del interrogante para así llamar la atención del lector y su mejor comprensión y entendimiento conceptos de que es «custodia, representación, *patria potestad*, Derecho a la Familia, del Menor», a quien se le atribuye la custodia un acercamiento que se da en la expectativa de la investigación para llegar a conocer que es la modalidad compartida y como se podría integrar a la realidad de la sociedad familiar colombiana y exponer la propuesta teórica que cumple un papel principal como fundamento de una posible solución de la tarea investigativa.

Finalmente, el tercer acápite, que busca la corroboración de la hipótesis, la viabilidad del tema propuesto, el alcance de los resultados de la observación documental, de la encuesta y análisis de estos estableciendo fundamentos jurídicos y metodológicos que permitan continuar con la investigación y puesta en práctica una solución en el ejercicio profesional.

## **CAPÍTULO I**

### **GENEALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1. CONTEXTUALIZACIÓN ACTUAL DE LA CUSTODIA EN COLOMBIA**

La contextualización de la investigación, realiza un análisis y justificación al comportamiento de la viabilidad de la «custodia compartida» en Colombia, el identificar que es un tema que tiene relevancia jurídica desde la óptica del Derecho de Familia en el marco civil del convenio de convivencia de las parejas, que un día deciden conformar familia y al paso del tiempo, por diversos factores se desintegra tal vida en común y se evidencia al interrogarse quien va asumir el compromiso frente al menor o menores y cuando no hay consenso se recurre a la práctica jurídica de la custodia en estrados judiciales.

Se desarrolla el método de investigación mixto, encunto a lo cualitativo desde la perspectiva analítica documental de la norma, doctrina, jurisprudencial, partiendo del antecedente histórico de la Custodia en Colombia y cuantitativo a partir de la observación y estadística del ejercicio de estadísticas, mediciones de instituciones involucradas en el análisis; igualmente se señala la fuente primaria de la encuesta realizada y la exposición de resultados, igualmente se detalla de forma sádica caso que evidencia la «custodia compartida». Posterior se indican el marco legal que permite evidenciar como se encuentra regulado en Colombia la modalidad de la custodia; igualmente frente a países como España, Francia, Suecia, Ecuador y Argentina. Finalmente el concluir en este aparte con el análisis, sistemático del resultado del estado del arte de las diferentes investigaciones consultadas en torno al tema que denotan elementos de continuidad, superación, novedad del tema en esta ocasión propuesto como ruptura que conduce a evidenciar como la modalidad de «custodia compartida» es apropiada en Colombia vista como una forma de comprometerse plenamente de los progenitores al desarrollo integral del menor, factores de crianza, cuidado, educación etc. que si no hay consenso se llega a procesos tediosos en los estrados judiciales.

Esta investigación se justifica de forma que ha de servir de complementación al conocimiento del derecho de familia entorno a la interpretación, reflexión y crítica del descubrir las controversias y falencias en materia formal y sustancial de la modalidad de la custodia en el ordenamiento constitucional, civil y de familia en Colombia. Huella que deja al estudiante de derecho, quien ejerza el litigio en asuntos de matrimonios que competa el conocimiento del derecho de familia, quien quiera llegar a ser funcionario jurídico, conciliador, operador jurídico en su función como servidor público pueda tener como consulta y a la misma sociedad en defensa y protección de la infancia de los menores quienes son los directos implicados en la modalidad de «custodia compartida». Partiendo que es una situación legal que se presenta en caso de alejamiento, «situación de hecho o de derecho» de los padres (separación, “*divorcio*”, terminación de uniones maritales de hecho “*matrimonio*”) sin importar el sexo de quien compone hoy en día la familia, hogar que requiere de derechos y deberes en protección al cuidado educación, desarrollo integral y armónico en el interés del menor habido en esta relación, igual como se aplicaría en el sistema normativo colombiano y qué criterios se establecen en función de otorgar como preferente y no opcional la modalidad de «custodia compartida» a los padres.

### **1.1 Aproximación a la modalidad de custodia, generalidades y regulación.**

En la mayoría de los casos derivados de un conflicto de pareja se condiciona a buscar quien se debe quedar con los menores vinculados a esa unidad familiar, que se conformó un día y ya no existe, el hecho trasciende a la custodia correlacionado con la responsabilidad del cuidado y costo y obligaciones derivadas de la crianza del menor (es).

La atribución de a como se da la custodia, según circunstancias de la historia, en la óptica del tiempo es exclusiva a uno de los progenitores, la tradición cultural es que la mujer es a quien se le indicaba la llamada «custodia monoparental» situación que se hace presente cuando se disuelve o termina un matrimonio, junto con interrogantes como el lugar donde debe residir el menor fruto de esa relación se le asignaba al padre que días podría hacer las visitas adecuadas y proporcionalmente si respondiera económicamente para alimentos y demás a sus hijos. La familia compuesta por madre y padre se dispersa, aleja, disuelve, y cada padre vive en

residencias diferentes, nada distinto a figura que acrecienta velozmente en el hoy en día, fenómeno social latente de la sociedad colombiana y a nivel mundial se presenta igualmente, viene el interrogante de ¿quién se encargará de los menores? de los cuidados personales y directos del menor o menores que conforman este núcleo familiar, decisiones que dirimir al encontrarse separados los progenitores, por diversos factores, frente aspectos símiles el derecho busca la protección de los menores y en ese ejercicio establece una posible solución a ese interrogante en la Ley.

Es así, que la Ley obliga la protección del menor y el adolescente, se estipula a los progenitores el cumplir el bienestar del menor tanto de la «custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral». (Ley 1098, 2006. Art.23), igualmente se establece acuerdos sobre las visitas y el cuidado a través del ordenamiento procesal (Código General del Proceso (CGP)), situación que se puede adelantar ante un notario, un conciliador, un defensor de familia, un juez, es quien determina quien puede ofrecer un mejor cuidado integral al menor; acuerdo (s) que son habilitados de conformidad al cuidado del menor, régimen de visitas, alimentos, actuaciones a solicitud de las partes y si hay discrepancia por medios económicos «el Código de Infancia y Adolescencia» dispone a letra está presente la Institución de Bienestar Familiar. Como los hijos son indivisibles por fuerza la custodia de los menores es permanente y se le asigna al que tenga más ventajas e interés con sus hijos cada caso en particular a decidir. (Medina, 2014. p. 609 - 619)

## **1.2 Antecedentes Históricos de la Custodia**

### **1.2.1 Comportamiento desde el ámbito Internacional.**

El comportamiento de la modalidad de la custodia a nivel internacional a partir de los mecanismos jurídicos devenidos por «la Asamblea General de Naciones Unidas», 1959, que aprobado «Los Derechos Del Niño» mediante «Resolución 1386 (XIV)» y (XIV). amplía y estableció diez axiomas de los cuales se resaltan «el derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño» (II), «el derecho a la comprensión y al amor de los



padres y de la sociedad» (...) «el niño debe, en circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro» (VIII), el subrayar el principio (VI) «El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material.»; hacen parte del *Bloque de Constitucionalidad* como Acuerdos, Convenios Internacionales ratificados por Colombia, «que al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991, relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, niñas y adolescentes» (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012).

En la década de los noventa por medio de la creación de la «Convención de los Derechos del Niño» y vigilada por «el comité de los Derechos del Niño) con la finalidad de positivismo frente a los organismos internacionales como parte vinculante de un estado miembro, que desprende el reconocer al infante como un «sujeto de pleno derecho» y se desarrolló como instrumento jurídico de protección de carácter vinculante para los Estados reconocidos que se han adherido, quienes están comprometiendo esfuerzos para proteger y responder a los derechos que trata la declaración «en los (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40)» reúne principios y preceptos que permiten «asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades» (Naciones Unidas, 1989).

En efecto el «Convenio Europeo de Derechos Humanos», establece “El Derecho Al Respeto De La Vida Privada Y Familiar” (Art.8), guarda y custodia de los niños entrará en el contexto de la familia por lo que se comprende el derecho de padre y madre de poder encontrarse con sus hijos siempre y cuando se garantice el derecho superior del menor (Betelu. p.37).

Cabe agregar, que se evidencia que en España, el desarrollo dogmático se expone en las modalidades inicialmente por Ley 15, 2006 era el modelo de custodia asignada a la madre “*monoparental*” y tuvo paulatinamente un incremento el desarrollo actual de la modalidad compartida la Ley 15 de 2015 modificó la ley civil contempla expresamente “la guarda y custodia compartida” Existen la guardia exclusiva, partida y la alternada Según Lathrop, 2008 “aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio

de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos de tiempo más o menos determinados” (citado en Losada, 2016, p.7) como se denota ceda la custodia por el reparto de los tiempos en periodos similares de convivencia igualmente es la posición jurisprudencial española y actualmente se adelanta un plan que indaga consolidar y establecer la aplicación clara expresa y exigible en una norma que resulte exitosa y en beneficio general.

Se observa claramente que, en Italia, es modificada la figura “*custodia monoparental*” con la Ley 54, 2006 que introdujo la modalidad de custodia vigente, que es la compartida *Affidamento congiunto*. «consiste en el ejercicio de la responsabilidad parental por ambas partes de acuerdo con una orientación común en la educación y cuidado del niño» (Ley 898,1970) lo anterior se armonía con la «Constitución Italiana» (Duarte, 2015 p.26).

En ese mismo sentido, países como Suecia, en el ordenamiento legal esta la «custodia compartida», modalidad que se otorga por acuerdo entre los padres o por decisión judicial. Aquí se respeta ambas partes (padre y madre) a juntos se compromete en la misma intensidad de responsabilidad y compromiso con el bienestar del menor para su desarrollo integral y en interés del menor debe encontrarse en contacto habitual con ambos progenitores “padre, madre” no es más idóneo uno que el otro por razón de género deben estar presentes en igual proporción frente al derecho del niño los dos, no hay discriminación. (Restrepo, 2016. p.63)

Ahora bien, en los Estados Unidos de Norteamérica se presenta la modalidad de «custodia legal conjunta» en 35 Estados de la Unión ha tenido aceptación, en el Distrito de Culumbia con “joint custody” tiene su aprobación al incremento de casos en el que ambos padres le impulsan, en el derecho a ambos padres de compartir la custodia legal (autoridad en la toma de decisiones) y la física que es «(residencia con uno de los padres mientras las decisiones las toma el otro progenitor)» (Duarte, 2015) entorno a tomar las decisiones referentes del menor, sea médico,

educación, orientación religiosa, se toman en conjunto y sin resultados negativos o que transgredan el menor;

“un ejemplo traído por Bauserman, “... es el papel que han desempeñado instituciones como la “American Bar Association”, entidad que lideró un estudio de 1.846 niños que se encontraban en el régimen de custodia exclusiva y 814 niños que se encontraban bajo” «custodia compartida». Los resultados fueron decisivos a favor de la modalidad demostró que los niños bajo este régimen tuvieron un mejor nivel de adaptación emocional, relaciones familiares, y auto estima entre otros, a diferencia de los niños que se encontraban bajo la custodia exclusiva”. (citado por Silva, 2016, pág. 56)

Es así, que existe en Argentina, un proyecto llamado Asociación de Nuevos Padres – ANUPA – y considera la opción de la «custodia compartida» al momento del divorcio; desde que se suscribió la Ley 2606, 2005 “de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Art.6)

Estados como Ecuador, que tiene la finalidad de proteger a los padres y autoridad de familia “*los jefes de familia*”, deber por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, Art.69, instituye, que: el «Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos». (Pérez, 2017) y subsidiario «las reglas para determinar la custodia o tenencia no se puede hablar de la aplicación plena del principio favor fili, toda vez que la segunda regla del artículo 106 Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) prescribe que la tenencia de hijos e hijas menores (de doce (12) años) se confía a la madre, salvo, desde luego, que se demuestre que se perjudican los derechos de los menores, por tanto - incluso en el régimen de custodia exclusiva- no se asigna al progenitor que mejor contribuya a los derechos y desarrollo de esta vulnerable población». «En este mismo orden de ideas y respecto al tipo de régimen de custodia de los menores, en el caso de ruptura de la convivencia de los progenitores vigente el Ecuador el artículo 118» *Código de Niñez y Adolescencia*, instituye que «se debe “confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores”, lo que ciertamente consagra la custodia o tenencia exclusiva o monoparental,

siendo en consecuencia necesario incorporar un régimen de función 6 parental en el que la relación de la filiación involucre tanto al pater como a la mater en la responsabilidad igualitaria del cuidado y protección de la prole, y en el que bien del menor pase por ver satisfecho su derecho a relacionarse y ser atendido por sus dos progenitores y, en consecuencia, de no ser privado de la compañía habitual de ninguno de ellos aunque sus progenitores hayan decidido dejar de convivir o no empezar a hacerlo. Ciertamente tal como se halla configurado el sistema de tenencia exclusivo en el Ecuador al parecer no se pondría a cumplir con el objetivo señalado, de ahí que la inclusión de régimen de custodia compartida ha pasado a ser la medida más recomendable por psiquiatras y psicólogos para afrontar las mínimas consecuencias traumáticas la separación de los padres y la ruptura de la unidad familiar». (Pérez, 2017)

Después de lo anterior expuesto, de la figura «custodia compartida» se evidencia que no tienen total aceptación plena en América Latina; su desarrollo se ha dado es en los países de Europa en los cuales ya está instituida, para afrontar la situación del menor en las situaciones de separación de los padres, la descendencia de estos hogares es entregada al cuidado y acompañamiento de la mama “monoparental” convertido este sistema donde se excluye al padre, que le queda correspondiendo optar por regular las visitas y como económicamente le va a colaborar y responsabilizarse respecto de los hijos comunes frente a una sanción penal si no hay cumplimiento.

Es de subrayar que según. Lathrop, 2008 “compartida”, “alternada” reside esencialmente en división al cuidado del menor en intervalos de quien convive en una residencia y en otra por casa habitada del progenitor por periodos distintos donde debe haber igualdad en la estadía de los menores con los progenitores para que uno no sea ajeno al otro relativo al lapso de convivencia. (p.539)

### **1.2.2 Comportamiento en el ámbito Nacional.**

Resulta oportuno reseñar brevemente la realidad de la historia, comienza en la posición maternal y paternal frente al menor, en Colombia la mujer, tiene concepciones que anteceden desde que existe el ser humano, prima el origen romano de la familia, que es quien ofrece el

modelo tradicional de concepción actual, y le antecede el modelo de la mujer sometida al marido, el plano maternal por su naturaleza, género y la situación de discriminación de la mujer para la época de 1886 hasta 1932, anterior a esta fecha no se daba posición alguna de la mujer, no había un valor, se encontraba en representación del marido y/o el padre tenía la potestad marital, absoluto poder de los bienes y de ella era una cosa, posición machista que se fue transformando frente a la realidad de la mujer los derechos y prevalencia en la sociedad. Para los años del sufragio femenino comenzó otra visión de la mujer y un cambio social, incorporó la mujer a desarrollar trabajos, mayor oportunidad de desenvolvimiento, con el Decreto Presidencial 2820 de 1974, la patria potestad comienza ser compartida entre el hombre y la mujer se elimina el sometimiento, de desarrolla el concepto de infidelidad y divorcio para los matrimonios civiles en los años 1976, reformas que hicieron cambio, hasta la Constitución de 1991 que reconoce una igualdad por razones de sexo esto en margen del ideal escrito que se demarcaba con la autoridad viril del hombre frente a la sumisión de la mujer que aún falta desarrollar plenamente un panorama cultural a nivel mundial, que se retrotrae para manifestar la afectividad de la madre y porqué se adjudica la crianza el cuidado a la madre la feminidad ligada a la maternidad, y a la familia instituida como monogámica esto es padre, madre e hijos la realidad de hoy en día la familia es completamente diferente. (Castellanos & Gaviria, 2006. p. 5-29)

### **1.3 Modelo legal de custodia en Colombia**

Con respecto al marco jurídico en el Estado Colombiano, la prevalencia es de ser Constitucional y en garantía del respeto al Debido Proceso, prevalecer los derechos la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas integrantes de la sociedad y prima el derecho fundamental de los niños. Retomando la analogía de que “toda política adoptada debe ceñirse” a al interés general y principios en que esta cimentado la finalidad del Estado Social de Derecho.

Es así, que el preámbulo de la Constitución Política y los fines de bienestar social del Estado Colombiano, Igualmente, en su articulado con relación al Derecho a la Familia, al Niño, a la integridad personal. al debido proceso, menciona el procedimiento y el sistema garantista sustancial en todo acto judicial y disposición de la administración pública frente a los Derechos

Humanos prevalecen, hacer énfasis en aquellas que tratan evitar y sancionar conductas punibles que ponen en mayor riesgo los bienes jurídicamente protegidos de todo individuo.

Por su parte, el invocar la Carta Política, 1991 donde los derechos de los niños prevalecen a cualquier derecho, contempla habilidad a responder, proteger, asistir, al menor; es como el Estado debe actuar para responder al desarrollo integral» de la sociedad y familia encontrada en el territorio colombiano en atención a la ley interna y dando cumplimiento al ordenamiento internacional ratificado por Colombia. (Constitución Política. 1991. Arts. 2, 7, 8, 42 44 y 51) donde se confirma que el menor es sujeto de derechos como son al no ser discriminado, a gozar de una seguridad social, tener un nombre y una nacionalidad, disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados, recibir atención y cuidados especiales cuando el niño sufre algún impedimento físico, mental o social. Al amor y a la familia». (Constitución Política. 1991), valor primordial el vivir con afecto, respeto y solidaridad de sus integrantes, la educación, atención en salud, recibir un buen trato, la protección y respeto cara a la diferencia, una gama de derechos con la finalidad de que se cumplan pues tienen un interés superior a los demás, (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017).

Es así como en el Código Civil Colombiano se determina que «de común acuerdo a los padres (padre - madre) sobreviviente», “el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” Además, se encuentra la ley de adolescencia y el menor (Ley 1098, 2006) que pone al Estado en guardia para la protección integral y salvaguarda la Constitución al indicar la protección al menor «que los niños niñas y adolescentes» deben gozar, entenderse en su rigor “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior” (Ley 599, 2000. Art.7).

Ante la Cámara de Representantes, se presentaron proyectos de regulación al proceso de custodia de los hijos menores, entre 2008 y 2014; No prosperaron (Ley 249, 2008 que tenía como intención instituir el «régimen de custodia compartidas de los hijos menores». (Ley 035, 2014), con el propósito de garantizar a los menores el proceso de «custodia» cuando los

progenitores no cohabitan; que fueron archivados por “tránsito de legislatura y por ponencia negativa”; ejemplo de ello «el proyecto de Ley 108, 2011», se ha realizado por parte de «*la fundación padres por siempre*», el buscar la modalidad de custodia compartida e impulsan que sea de ley para el asunto concreto (son papás que hacen marchas desde el 2012, conferencias y diferentes manifestaciones) para hacerse notar y llamar la atención utilizan disfraz de super héroes, se suben a los árboles, etc. Los medios de comunicación transmiten el objetivo como papas. Titulares como “Antonio Rico, de la fundación Padres por siempre, dice que así simboliza la lucha por reunirse con sus hijos, a quienes no ve desde hace tres años.” protestan ante los jueces pues no les reconocen como hombres la custodia de sus hijos, la protesta es ante la institución (es) de Instituto de Bienestar Familia, Defensoría del Pueblo, con la frase “siempre seremos los super héroes de nuestros hijos” (Caracol, 2015)

**Tabla 1.** Marco Normativo de la Custodia

Constitución Política de Colombia 1991	Preámbulo. Arts. 2, 7, 8, 42 44 y 51) dónde se confirma que el menor es sujeto de derechos.
Código Civil Colombiano. 1857	Art.93, 160,161,162,288, (Protección y Bienestar de los niños, niñas, adolescentes)
Decreto 2820	Art.23
Ley 1098 de 2006	“Ley del menor y adolescencia” Art.7, 23.
Declaración de los Derechos del Niño de 1959	«Principio II», <i>"gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad"</i> .
La «Convención sobre Derechos de los Niños», (Ohchr,1989)	
«La Declaración Universal de los Derechos Humanos», (Naciones Unidas, 1948)	
«El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», (Ohchr,1966),	
«El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», (Ohchr,1966)	
«La Convención Americana sobre Derechos Humanos», (Oas,1969)	
«La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos», (Oas,1986)	
Elaboración Propia: Fuente tomado de la revisión documental.	

#### 1.4 Señalamiento Jurisprudencia Actual:

*“Los progenitores ejercen la custodia y el cuidado personal”*

*“referirse a la custodia y cuidado personal como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta de los hijos”.(Ley 1098,2006, Art.23)*

Nos explica los apartes de la tutela presentada a providencia judicial en 2017, donde el demandante “Sergio Ruíz Murillo”, en nombre propio en representación de su hija, en contra del Juzgado de Familia de Suacha, presenta el accionante que es por violación al debido proceso; presento los presupuestos facticos que evidencian un caso firme, en que el juzgado de familia de Soacha otorgo la custodia a la madre, ahora bien el derecho es solicitado por padre; en la ponderación presenta que los padres son solventes y medidos en escala de 9 a 10; antecedida una conciliación donde expresaba como padre que tenía la custodia por disposición y acción en tiempo espacio y formación para la menor, estabilidad emocional y económica, que al medir los dos padres podrían darle a la menor pero él ya ostentaba y este fallo decidió otorgar custodia definitiva a la madre de niña, sin tener en cuenta que ella había manifestado querer vivir con su padre, permitiendo demostrar que desconoce los derechos como padre, en el texto señala:

“...es preferible asignar la custodia y cuidado personal a su progenitora (...) atendiendo los argumentos anteriormente expuestos, pues tenemos la certeza que, al lado de su madre, como lo sugiere la Defensora de Familia y Asistente Social del despacho, la menor va a encontrar un espacio donde se le garantice su intimidad y desarrollo sano de su pudor y sexualidad; así como su adecuada formación física y psicológica. También porque en el hogar materno va a estar en un entorno sano, con la posibilidad de satisfacer todas sus necesidades, entre otras, el recibir el afecto y amor materno, que le es indispensable en su formación integral en su condición de mujer”. (Sentencia T-587 de 2017)



Lo anterior, un argumento que va contra lineamientos de protección y de derecho internacional para el menor que debe prevalecer los intereses del niño o niña. El tener en cuenta la opinión del menor que no fue escuchado y el Juzgado lo tomo como una coacción afectiva y psicológica del padre igual que las pretensiones de la parte “madre” que tenía deudas de impuestos y promovió obtener la custodia como madre y motivo con temáticas de género, y manifestaciones de inconformidad con la custodia del padre en cuanto a la formación sexual por el crecimiento de la menor y detalles de hacerse adulta y no tener espacio al lado de su padre direccionando su petición a la realidad de ser ella la de obtener la custodia definitiva; Adicional en la Segunda Instancia rechaza la falta de valoración objetiva del Juzgado cuando refiere:

“el fallador accionado consideró que, debido al sexo de la menor (femenino), era su madre la figura parental llamada a acompañarla en su adolescencia, pues al compartir el mismo sexo, aquella podría brindarle «una atención y cuidado especial o delicado», afirmación que constituye una verdadera discriminación del progenitor con fundamento en un estereotipo de género...” (Sentencia T-587 de 2017)

Como quiera que permite la presencia de discriminación por estereotipo de género para generar la custodia por apreciaciones subjetivas. Por lo que se llevó a Revisión de Tutela, al encontrar relevancia la causa denominada “El derecho Fundamental a la igualdad, discriminación por razones de género” quien analiza el artículo 13 de la Constitución Política y reitera lo que ha establecido la jurisprudencia y la transcendencia de este derecho y la relación con los derechos humanos conceptos que implican un NO a la discriminación de la persona y afectación a la dignidad involucra que es inadmisibles e indica el “principio a la no discriminación” para así no desconocer “la autoridad y el rol paterno en la crianza” una decisión que debe sustraerse al núcleo familiar y en el caso concreto verificaron la procedibilidad y defectos sustantivos donde termina siendo Así, el argumento del operador jurídico termina siendo discriminatorio en cuanto asigna roles absolutos a la mujer y al hombre en la crianza de los menores de edad con fundamento en las familias compuestas por un hombre y una mujer.

“En su concepción de género, solo las madres son aptas para guardar y cuidar a las niñas, mientras los padres, tendrían vedada dicha custodia por su sexo masculino”. (Sentencia T-587 de 2017)

Cabe subrayar que para la Corte es el anterior un argumento discriminatorio, y desconoce la igualdad de trato que la Constitución abriga en las actuaciones judiciales sobre custodia de menores, toda vez que cualquier diferenciación que se haga con fundamento en elementos innatos a los sujetos (género/sexo/raza/origen) es inconstitucional. Es una representación que menoscaba al ser humano y al goce de los padres “masculino” debido al género presentar una desigualdad frente a las mujeres; un patrón que resulta improcedente ya que simplemente en este caso concreto “los estereotipos familiares” afectan al padre y a la niña – hija quien es menor de edad por lo que es un sujeto vulnerable cuyo interés superior resultaría una vez más resquebrajado

Un fallo de 2017 promovido por una impugnación pronunciado «Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial» ciudad de Ibagué permite encontrar “una interpretación armónica de los artículos 253 y siguientes del Código Civil y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, a la luz del artículo 44 de la Constitución Política y artículo 9.- de la Convención sobre Derechos del Niño”. (Ley 12,1991. Art.9)

*“se concluye, sin asomo de dudas, que el proceso de regulación de visitas está reservado, exclusivamente, para los progenitores de los niños, niñas y adolescentes, por ser quienes ostentan y ejercen la custodia y el cuidado personal de éstos, premisa que excluye, por simple lógica, a la familia extensa, entre ellos, los abuelos (maternos o paternos)”* a lo anterior se entiende que lo que fija la jurisprudencia constitucional, es que no están legitimados si no los padres de promover la custodia, muy excepcionalmente un tercero. (Sentencia STC 420 - 2017)

La Corte hace un análisis, de los derechos de la familia y en el caso presenta la reiteración de los postulados en favor a los menores, estos sujetos de «Derecho a la Familia» no encontrarse alejados de quien compone el núcleo familiar; como se evidencia en el caso concreto hay factores sociales y consideraciones que implican revocar una decisión tomada por la) transgresión de los derechos. «La Corte Constitucional» «Sentencia T-114, 2014», reitera, estipula que en lo que a Colombia corresponde el principio de protección especial del menor se encuentra previsto, en el artículo 44 de la Constitución Nacional, a través de los siguientes postulados básicos :

“-se impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, -se establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud, -se reconoce que los niños son titulares de todos los derechos consagradas en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia, -se ordena proteger a todo niño contra toda forma de abandono, violencia física o moral, vena, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. «Sentencia C- 145 de 2.010»

Frente a la Custodia como se ha referenciado se ha pronunciado la Corte Constitucional tiene origen legal el que la logran ejercer los padres separados, según la figura que lo conformara un matrimonio, una unión marital de hecho, una sociedad civil, que soporta una responsabilidad conjunta de los progenitores en los deberes de orientación, educación, corrección, pautas de criar al «niña, niño, adolescente». Al mismo tiempo de las obligaciones en el tiempo dedicado, el disfrute efectivo, calidad y forma acorde a los derechos del menor en cuanto exista el respeto, amor, educación, atención, recreación, salud, estabilidad psicológica, emocional y psicoafectiva.

### Ilustración 1. Documento. “abuso de custodia”

DERECHO FUNDAMENTAL DE  
LOS NIÑOS A TENER UNA  
FAMILIA  
Y NO SER SEPARADOS DE ELLA

«El derecho de tener una familia y no ser separado de ella “La jurisprudencia constitucional ha señalado el alto valor jurídico y social de la familia, como núcleo del desarrollo integral y simultáneo de derechos humanos de la infancia. De allí que ignorar la protección al tejido familiar; aun cuando sus miembros se encuentren separados por alguna circunstancia, implica la amenaza seria a los derechos fundamentales de sus integrantes, especialmente de los niños involucrados. tanto el orden jurídico interno, como ciertas herramientas internacionales de derechos humanos, introducen un claro mandato a favor de mantener un vínculo sólido entre los padres y sus hijos, sin importar la configuración misma del grupo familiar; siendo posible su separación, únicamente por la autoridad de familia competente y por motivos excepcionales a la luz del principio *pro infans*». (Corte Constitucional. Sentencia T-114,2014)

-Derecho de los padres biológicos a mantener contacto con sus hijos. El padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos. A través del derecho de visitas y su reglamentación por la autoridad de Familia correspondiente, el legislador, de un lado, previó un mecanismo que le permite al menor interactuar y seguir desarrollando relaciones afectivas con sus padres, así como recibir de éstos el cuidado y protección especial que demanda. Esta Corporación ha manifestado que el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia

**Fuente:** Corte Constitucional. Colombia. Sentencia (Corte Constitucional. Sentencia T-114,2014)

Reitera el derecho, «la Corte Constitucional»:

Ahora del anterior señalamiento, La Corte Suprema de la Sala de Casación y Familia entorno al problema jurídico planteado es la transgresión de los «Derechos Fundamentales, al Debido Proceso» y a la Unidad Familiar del menor y su progenitor al decretar la regulación de visitas solicitada judicialmente, es el “*derecho a una familia y no ser separado de ella*” reiteradamente en diferentes oportunidades del sentido y alcance del principio Constitucional.

Reitera la «Corte Constitucional»: pronunciamiento del derecho prevalente de los niños:

“Los derechos del niño, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, este tribunal reconoce al niño como un sujeto de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna”. (C.C. Sentencia T-114, 2014)

### **1.5 Estado General de las Investigaciones.**

El estado de arte de las investigaciones consultadas de repositorios institucionales como son: monografías de pregrados, especialización y maestría, del juicio de clasificación en la temática fue “*la “custodia compartida»*” de las Universidades Nacional, Militar, Libre; igualmente, artículos de revistas científicas útiles en línea, consulta documental de la biblioteca, que admite identificar tendencias del estudio con el fin, de mostrar sobre si es viable la modalidad de “*custodia compartida»* en Colombia conforme a la práctica en derecho civil de familia vigente en Colombia.

Investigaciones que influyen en la solución de la situación socio - jurídica evidenciada, al respecto se puede resumir de la siguiente manera las investigaciones consultas realizadas que tiene el enfoque que detalla criterios en común y que podrá aportar al objeto de estudio.

El trabajo de investigación de Maestría de Rosario Duarte G., “*«custodia compartida» “en Colombia, análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado”*”, presenta un ejercicio analítico parte del interés constitucional del menor y aspectos

del derecho confrontado de distintos países de cómo se distribuye y utiliza la “«custodia compartida» en casos de separación y divorcio” observación desde la jurisprudencia de algunos países como (Italia, Francia, España, Canadá, Estados Unidos, Puerto Rico) la participación desde la observación que realizó el «Comité de los Derechos del Niño» para que en el momento el menor debe ser escuchado y así ayudar a resolver los procesos que los involucran. (Duarte, 2015)

La Monografía de pregrado titulada “La “«custodia compartida» en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 y el derecho comparado en España”, atiende una comparación desde la doctrina y la ley española de la figura llamada guarda y custodia aproxima al principio constitucional del beneficio constitucional del menor y reseña las diferentes modalidades para custodia de niños (a), adolescentes en España, características de las instituciones jurídicas española, normativa procesal y sustentación que tiene como regla universal la “custodia compartida» rodeado de factores de cuidado y protección, económicos sociales y jurídicos que evidencian un marco de referencia a tal situación. (Cabrera, Satizabal, Vargas, 2016)

El trabajo de grado de Andrea Castro (2017), titulado “La asignación de la custodia personal de las niñas, niños y adolescentes en Colombia. Derechos y obligaciones de los Padres” descubre la estructura familiar en Colombia en la medida de la intermediación de la institución sociológica familiar compromete en sentido hábil, de la utilización de entidades legales; presenta factores prácticos de educación, cuidado y protección que hacen comprensible le tema de custodia, trae conceptualización de la dimensión de la figura de la custodia y problemas observados al menor en prevención de este (Castro, 2017)

“El análisis doctrinal y jurisprudencial” de Andreu Mora, facultad de derecho, sobre la guarda y custodia de España Cataluña desde la perspectiva de los progenitores y el reparto del tiempo, el régimen normativo catalana de la custodia consensuada presentes desde los artículos doctrinales de Georgio Delgado Rio y jurisprudenciales en tanto que permite ser solicitada y declararse por los efectos del Código Civil de Cataluña que puede ejercerse conjuntamente caracteriza el anteproyecto de ley sobre medidas adoptar de la ruptura de la convivencia el juez

adopta el criterio más favorable atendiendo el principio constitucional y preferente a los hijos. (Mora, 2015)

Como puede evidenciarse los elementos comunes encontrados son desde la perspectiva de la ley ecuatoriana y española, de evidenciar algunos factores que influyen en la separación de los menores de sus progenitores; el tiempo, el cuidado y en desarrollo de protección de la familia y la asignación de la custodia frente a derechos constitucionales.

Como bien es cierto hay elementos de superación, son lineamientos que se apartan de la presente investigación desde la Universidad Laica de Guayaquil Ecuador de autoría de Vicente Rocafuerte “*“custodia compartida» del menor después de la separación de sus progenitores”*, desde diferente enfoque, se presentan desde la observación de asignación de «custodia» en favor de la madre que la denomina custodia no compartida se ve perjudicado un progenitor partir de la figura del divorcio y frente al «Código Orgánico de la niñez y adolescencia»; enuncia y analiza el proyecto de ley de la figura legal en los procesos de divorcio de la “custodia compartida» hace énfasis de la discrecionalidad del Juez para darle manejo al menor acoplado factores legales, económicos de sus progenitores, expone una crítica donde no hay equidad al separar el menor y vulnerar el derecho del progenitor que obtiene un mayor tiempo de compartir con el menor (Madre) que el otro (padre) que tiene incidencias en lo psicológico y emocional del menor (Morgan, 2017)

Mediante el artículo de profundización de maestría de Derecho De Familia, en el análisis de Nataly Hernandez “*La alineación parental una violencia encubierta en los procesos de divorcio”* infiere las manifestaciones de alienación parental que surgen de los procesos de divorcio en Colombia que terminan como escenario de trastorno psicológico donde se debe implementar un tratamiento terapéutico y el uso del mecanismo alternativo de solución de conflictos para evidenciar una posible solución con un peritaje psicológico jurídico en la jurisdicción ordinaria de familia para así obtener una adaptación del menor a lo largo del proceso y brindarle un tratamiento. (Hernandez, 2016)

El artículo científico *“La Custodia parental compartida un análisis desde la perspectiva de género y de derecho”* presenta la reflexión desde una mirada de género y de protección integral al menor hacia la figura de custodia monoparental y como afecta la vida del menor la diferente visión en tanto al crecimiento de parejas que se divorcian y del interés del menor que se ven inmiscuidos en las situaciones legales de las parejas (Ortega & Bolaño, 2016) De lo anterior se encuentra evidencia de un mínimo acercamiento al objeto de investigación propuesto, desde el trazo en esta investigación y mucho menos el fenómeno de la modalidad de “custodia compartida» en la sociedad familiar colombiana, no se evidencia un lineamiento dirigido a adoptar como viable el problema socio jurídico aquí tratado.

El inferir una ruptura epistémica o novedad a proponer en esta investigación desde la orientación de «garantía de los derechos de los niños» el artículo *“la familia monoparental”* se presenta como el modelo más frecuente y desarrollado a nivel europeo los factores sociales influyen en la capacidad de la mujer para desenvolverse en el ámbito laboral y en la capacidad de asumir el cuidado de su familia el hecho de que ella es la que asume el cuidado cuando se desintegra la agrupación familiar que se hubiera constituido un día y que se ostenta el cuidado del menor a cargo por un solo progenitor que demuestra que la mujer es cabeza de familia y reflexiona en las tipologías de las familias monoparentales y factores como la diferencia de prospecto de vida de hombres y mujeres, las tendencias culturales, el ser vulnerables a adquirir nuevamente un matrimonio, la dependencia económica el influir para un aporte así a ellas con la disculpa de ser mujeres encargadas de los hijos. Otro factor la adopción de padres solteros se encasilla en estos diferentes marcos sociales y económicos y la obligación de la protección a la familia. (Giraldes, Penedo, Seco & Zubeldia, sf);

Finalmente la contextualización de la investigación, permite encontrar la justificación al comportamiento viable en Colombia de la «custodia compartida», identificando el estado actual de esta figura presente de custodia; es un estatuto de protección y de prevención al menor, claramente aplicable como una posible solución a la ruptura de vida de estos padres que vivieron



en pareja, el emplear el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia acompañado de los principios internacionales como los Derechos de los Niños, que adiciona y complementan la ley que entre en la categoría preferente, del derecho humano de tener una familia y vivir juntos la ruptura de pareja le coarta el vínculo parental asegurando igualdad en género parental y prevalencia de derechos del menor; el interpretar un cambio en la vida y por lo tanto en su entorno, como válida esta modalidad que promueve el bienestar y desarrollo del menor de la población colombiana, con oportunidades de brindar paz, armonía, desarrollo integral del menor y así mejor calidad de vida para la sociedad.

Se ha expresado y reiterado hasta hace poco que la Ley 1098 de 2006, obliga la protección del menor y el adolescente, estipula a los progenitores cumplir con el bienestar del menor tanto se comprende «custodia y cuidado personal (art.23). Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral, igualmente el pronunciarse que se debe adelantar lo establecido como acuerdos sobre las visitas y el cuidado a través del ordenamiento procesal, situación que se adelanta ante un notario, un conciliador, un defensor de familia, un juez, es quien determina quien puede ofrecer un mejor cuidado integral al menor; acuerdo (s) que son habilitados de conformidad al cuidado del menor, régimen de visitas, alimentos, actuaciones a solicitud de las partes y si hay discrepancia por medios económicos; todo avalado y con el acompañamiento de la Institución de Bienestar Familiar. Como los hijos es indivisibles por fuerza la custodia de los menores, esta es permanente y se le asigna al que tenga más ventajas e interés con sus hijos una realidad de cada caso en particular a decidir más suma de factores económicos, sociales.

## CAPÍTULO II

### CONCEPTUALIZACION ACTUAL DE LA «CUSTODIA COMPARTIDA»

Este aparte realiza la conceptualización al interrogante de la investigación, consta de un acercamiento conceptual y teórico del tema para la comprensión del objeto de investigación y el análisis de enfoque funcionalista estructural apoyado en las nociones de patria potestad, tutor, tutela, guarda, custodia, curaduría, frente a la perspectiva teórica del origen sociológico del derecho a la familia de “Engels”, la teoría utilitarista de “Coase”, aplicada a conseguir los mayores valor para conseguir la custodia , finalmente el enfoque teórico de la igualdad y frente a que prevalece constitucionalmente el infante.

#### 2.1. Representación de los Padres “*patria potestad*”.

Se trata de la llamada «*Patria Potestad*» donde se ve la representación para efectos patrimoniales; La ley civil le instituye le modifica inicialmente en la Ley 45,1936. Art.13 como:

«... un conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre los hijos no emancipados, para facilitar aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de los hijos legítimos, el padre y a falta de este, por cualquier causa legal la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias...» (Citado en Monroy, 2014, p.228)

Posterior, con la «Ley 75 de 1968 & el Decreto 2820, 1974» instituyó el Código Civil, como:

«... es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la

patria potestad sobre sus hijos A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. “Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.». (Código Civil. Art.288, inc.2)

Conjuntamente “*la patria potestad*” le corresponde “*al padre y a la madre*” como las obligaciones y derechos frente a igualdad jurídica (Monroy, 2014, p.229). Se ve como la relación creada y establecida por la ley de forma general es otorgada a los padres frente a los menores.

Según señala «Corte Constitucional», es: «una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación...” “ (...) ” . Por tales motivos, la Corte ha precisado que la patria potestad es una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita. (Sentencia T 884,2011)

Conforme a lo anterior «*la patria potestad*» son relaciones familiares creadas, establecidas por la ley como institución natural, obligatoria e irrenunciable subsiste sin importar que los padres convivan o no, en cumplimiento igualmente se confiere derechos y deberes que contribuyen al desarrollo armónico e integral del menor.

Los campos comprendidos de *la patria potestad* según Marco G. Monroy, 2014 a saber, son los derechos «a la representación, la administración de bienes del hijo» y el usufructuar ciertos bienes. La Representación al tiempo que es un derecho es un deber. Los padres tienen la facultad de representarlos, pero tiene el deber de representarlos cuando se ha necesario, sin poder eludir esa representación (p. 230-233) un aspecto que comprende es la emancipación, o sea,

aquellos sometidos a la patria potestad para efectos de obligarse civilmente, a lo que corresponde por mirar el grado de capacidad que corresponda puede ser “voluntaria, legal o judicial” (p.237). <la administración de bienes al hijo; es un deber también del administrar que corresponde a los padres según Estatuto Civil Art.296 una regla instituida de los menores no emancipados (término de la patria potestad). (p. 234). El usufructuar ciertos bienes, es decir, apropiarse de los rendimientos económicos de ciertos bienes que le pertenecen al hijo. (p.236). La institución jurídica de la patria potestad es de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal; así, los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen para con los hijos, a menos que la patria potestad sea restringida o interrumpida únicamente por decisión judicial cuando se presente una o varias de las causales establecidas legalmente (Código Civil Art. 288, 315)

Se deduce de lo anterior que las relaciones de Patria potestad son principalmente de carácter patrimonial. En cambio, las relaciones de Autoridad Paterna son eminentemente personales y no de carácter patrimonial.

En situaciones de convivencia de los progenitores con el paso del tiempo ha evolucionado la patria potestad desde el establecimiento estoico del *páter familia*, la introducción del derecho consuetudinario con las figura o el régimen de peculios que no es otra cosa que ciertos bienes que se le daban hijo en administración para ejercitar el manejo de esos bienes, otros que pertenecían en copropiedad o virtud de ciertos oficios o ciertas profesiones que el Código Civil (Art. 291) los denomina como peculio profesional o industrial, adventicio ordinario y extraordinario.(Monroy, 2014 p. 233). Figura que conserva rasgos del derecho Justiniano el sometimiento del varón quien dirige, castiga, orienta, etc. Pero sin poder aplicar castigos corporales, se transforma la figura del *páter* en el derecho posterior ósea el francés, el español, lo plasma Bello en el Código Civil Chileno y por ende se copia en el Código Civil Colombiano. En el Artículo 288, que cae en subsumir el configurarse la “*patria potestad*” las figuras de tutela, guarda y custodia por lo que se permite definirlos para poder identificarle.

## 2.2 Guarda y Custodia (Ley 1306/2009)

Es «Tutor»: el que desempeña la tutela. (Rae, 2017)

«*Tutela*»: en el sentido de que es una institución de protección y administración de los bienes del menor (es) como cargo del tutor, es “la guarda que es dada y otorgada al huérfano libre menor de catorce años” hombre, doce años mujer que no se puede ni se sabe amparar comúnmente se define como la autoridad que se le confiere a una persona primariamente para la crianza, defensa y accesoriamente. (Escriche,1977 p. 638)

La *tutela* es de tres maneras, a saber, *testamentaria*, *legítima* y *dativa*. Al respecto Según Escriche. (1980) El «*Tutor testamentario*»; es aquella persona escogida por testamento. Ahora bien, el «*Tutor Legítimo*» es el tutor pariente llamado por ley y el «*Tutor Dativo*» es el tutor, pariente nombrado más cercano nombrado por Juez (p.642, 643).

La designación del tutor testamentario como facultad del progenitor claramente es una forma condicionada de nombrar uno o más tutores que estén en condición de ejercer el cargo, sean de la familia o extraños, para los hijos, a quien nombra como tutor legar bienes; igualmente la madre puede en la propia forma dar tutor a sus hijos, instituyéndolos (Código Civil,Art.307) esto observado para abuelos (paternos o maternos) igualmente, cualquier testador que carece de *ascendientes* y *descendientes* puede dar tutor a los pupilos extraños que instituye herederos si los tienen; pero ha de ser confirmado por el juez para poder usar la tutela . (Ochoa, 2006 p.602)

«*Curaduría*» concepto, 145 «Instituto Colombiano de Bienestar Familiar», 2013 es un cargo impuesto a cierta persona, en favor de otra que no puede obligarse por sí misma o no puede administrar competentemente sus negocios; y en el caso de los niños, niñas o adolescentes,

cuando no se encuentren bajo la patria potestad de sus progenitores, quienes en principio son los legitimados a tener su representación legal. La tutela o curaduría se caracteriza porque confiere al guardador la representación del prohijado, así como la administración del patrimonio y la protección, y cuidado del representado”. (Icbf, 2013) igualmente la Ley 1306, 2009 le establece.

«*Guarda*»: es el que tiene a cargo vigilancia y conservación de una cosa. El Código Civil Colombiano, Capítulo III (Art 456 y ss.) habla de guarda al hijo, pero no la define, pero se deduce al realizar la analogía respecto del menor, que es aquella persona que tiene bajo su cuidado a personas menores de edad o personas con discapacidad.

«*Custodia*»: Según Cabanellas, 1981 señala al “cuidado, guarda, vigilancia, amparo, a la preservación del peligro”. (p.29). Ahora bien, en frente de la ley es el derecho específico otorgado voluntariamente o por orden judicial que se otorga al padre o madre o tercero que de forma permanente se haga cargo y conviva con el menor y reciba todos los cuidados de protección (social, educacional profesional, psicológica, médica, física) de forma individual para su desarrollo integral. (Ley 1098, 2006. Art.23,179).

## **2.3 Perspectiva Teórica**

### **2.3.1 Teoría del origen de del Derecho a la Familia “Engels”**

En esta época globalizada el referirse a la familia como objeto fundamental de este análisis, además de ser una institución universal, guarda estrecha relación con estudios sociológicos que explican su origen. Es así que se retrotrae al origen de la familia; las sociedades humanas cruzaron por una etapa primitiva que dio origen a la llamada familia poligámico o poliandrico, tradicional donde varios hombres tendrían en común una mujer, teniendo en cuenta las condiciones de conservación y transformación sociocultural que daba lugar a la existencia de familias numerosas, formadas por una comunidad de mujeres con escasez de hombres o una comunidad de hombres con una sola mujer; luego de pasar por estas fases de desarrollo la unión

sexual (punalua, sindiásmica, matriarcado, poliandria), en su orden la procreación, el reconocimiento del padre dio la conformación de familia. (Engels, 1884 p.7.9)

En ese sentido Engels, afirma a lo largo de la historia primitiva los seres humanos dejar ver que el sexo masculino practicaba la poligamia, poliandria, posterior el donde era común los hijos de unos y otros, y no había un progenitor señalado, pero a su vez dentro de estos grupos hubo transformación, fase por fase estrechándose cada vez más el círculo, hasta que se manifiesta el interés de resolver el componente de los miembros de donde procede la familia monogámica o la pareja aislada que prevalece hoy. (Engels, 1884 pp.37-41)

Este análisis del tema sociológicamente tampoco riñe con el origen de la familia en la religión católica, pues, basta con leer algunos relatos del antiguo testamento que ilustran la familia judía de entonces en el génesis: Jacob con Raquel y su hermana Lea; Abraham con Sarah y su esclava Agar, de manera que no es extraño allí un hogar poligámico aun cuando esta concepción cambia con la presencia de Jesús de quien se observa una visión monogámica de la familia. (Biblia, 1944. pp. 28.29)

Bajo la óptica sociológica del sistema social es visto no como un objeto en sí, sino como un sistema de comunicación siendo para algunos el instrumento de esa comunicación el amor o para otros la simple satisfacción de las necesidades humanas, pero de cualquier forma la supervivencia del sistema social la garantizan los otros subsistemas y uno de ellos es la familia. Desde esta teoría de los sistemas, la familia es cambiante, hace parte frecuente del sistema social se lleva a cabo en forma selectiva, ya que el sistema global solo posibilita la autoselección del sistema parcial o interno. (Urteaga cita Luhmann, 2009),

Por otra parte, Durkheim defiende una intervención del Estado en lo que llama grupos sociales secundarios como lo son la «familia, corporación», mundos «la iglesia, distritos

territoriales, etc.». subsumen la personalidad de quienes le conforman, de manera que esa intervención se justifica para acordarse a esas “sociedades parciales” no se rigen por si mismas están bajo la protección del derecho que cohabita con ellos. Sin embargo, el autor afirma que no hay algo que nos parezca tan natural y eterno en el hombre como lo es el afecto mutuo entre padres e hijos. (Durkheim, 2001)

En este mismo terreno, Foucault emplea en la obra de los “les anormaux” que significa al español individuos anormales, para indicar la representación del criminal – (i) monstruo, (ii) el incorregible - la primera, con relación a los poderes políticos y judiciales; la segunda, considera parte la anomalía del in-corregible como característica de los individuos de los siglos diecisiete y dieciocho, exclusivo de su ius natura, al igual, el cúmulo de leyes del mundo, donde para el autor el individuo a corregir es limitado y es restringido en la familia, que hace parte de este conflicto, en ejercicio de su formación del poder interno procedimiento de la gestión de la economía, está entre el *micro, endo y eco* sistema como es la calle, la escuela - colegio, el taller, la parroquia, la iglesia, el parque, la policía el mundo que lo rodea, lo que denomina “campo de aparición del individuo a corregir” que no se edifica; es reconocido por el autor como lo incorregible, la familia misma en ejercicio de su poder interno. (Foucault, 2001. pp.236-248)

### **2.3.2 Teoría de “Coase”.**

Según Carrasco & García, (2006). esta «Teoría las leyes que determinan la custodia son irrelevantes, ya que el hijo acabará en manos del progenitor que más lo valore, es decir, aquel que esté dispuesto a intercambiar mayor número de activos para conseguir la custodia, concepción utilitarista, con la que no estamos de acuerdo ya que se centra en el interés individual de cada cónyuge y prescinde del bienestar del menor, quien en una mayoría de casos prefiere gozar de la compañía de sus dos progenitores, y según la función de utilidad altruista del progenitor formulada por BECKER, la felicidad de los hijos afecta a la de los padres. De esta forma el bienestar de un hijo será una variable en la función de utilidad de la madre o del padre:



la llamada función de utilidad interdependiente o altruista, aquella que incorpora la función de utilidad de un sujeto diferente. Así, los progenitores desean alcanzar soluciones que aumenten la felicidad de sus hijos, puesto que ello redunda en su propio bienestar; se puede representar de la siguiente manera :

**Ilustración 2.** La función de utilidad altruista

*“ $U_p = f(C_p, \alpha U_h)$ , la utilidad del progenitor ( $U_p$ ) depende de su consumo ( $C_p$ ), así como de la utilidad de su hijo ( $U_h$ ) en la proporción  $\alpha$ . Es decir, el progenitor será más feliz si consume más, pero si su hijo es más feliz”. (Alascio, 2006. P.16-17)*

**Fuente:** Alascio, (2006)

A lo anterior «de igual forma la restricción presupuestaria de cada progenitor incluirá una fracción de renta destinada al consumo de su hijo, lo cual incrementa el bienestar de ambos. Una de las razones por la cual los progenitores no actúan siempre de acuerdo con lo que este modelo predice es que, además de incorporar la función de utilidad de su hijo, incorporan también la de su excónyuge. Es decir, el mayor bienestar del otro cónyuge le afecta negativamente» (citado en González & Torres, 2009. p.48)

Lo anterior en el contexto de la investigación se ejemplariza así, que sería la madre la que necesita del padre para cuidar velar por su hijo menor en todos los aspectos sociales, económicos, psicológicos, emocionales, afectivos etc., y a su vez el padre necesita de la madre en todos los aspectos enunciados, por lo tanto los dos deben disponer de medios económicos, tiempo, escenarios en lo que cada uno debe ser partícipe y tienen el derechos y la obligación de proteger al hijo, él es quien percibe económicamente y afectivamente por lo que el resultado debe ser el desarrollo integral armónico completo del menor; por lo que no importa a quien sea asignado el derecho el resultado debe ser eficiente en pro del bienestar del menor sin afectar a ninguno cuando sea equilibrado de igual forma porque si no el resultado sería negativo.

### **2.3.2 Enfoque Teórico de La Igualdad vs interés Superior del menor.**

Partir de que Francisco R. Llorente, indica: “la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de una realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque solo sea espacial o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad.” (citado en Rubio. p.640)

Teóricos modernos que atiende sus principios a que no haya inequidad en el mundo se encuentran tales corrientes (Rawls (1995), Dworkin (1988)), rechazan la praxis por la igualdad. Parece, entonces, que la idea de igualdad sustantiva es necesaria para pensar una sociedad más igualitaria que aquellas anteriores a las sociedades modernas. Así pensaron, los filósofos que idearon el contractualismo clásico. Tanto en Hobbes, como en Locke y Rousseau la legitimidad del Estado se constata con una suerte de estado de naturaleza, esto es, un estado previo a la condición política humana, en el que el hombre no puede vivir organizadamente ni en paz con los demás y por esto se pacta (hipotéticamente), se acuerda que es necesario la intervención de un tercero (el Estado) que establezca el orden y posibilite la convivencia entre los hombres de una comunidad (Urbano. 2014. p. 128)

De lo anterior el ejercicio de investigación infiere la garantía y protección del menor se exterioriza que es efectiva y garantista la modalidad que Colombia viene efectuado en la modalidad de custodia y cómo le corresponde al Estado la protección y salvaguarda del menor el entablar precisión y condicionar el Derecho de la Familia y en interés fundamental del menor, no aislarlo de sus progenitores, hacer uso de estos recursos constitucionales, civiles, familiares y procedimentales para el manejo de adquirir la custodia y sea asignada de forma compartida, estén a su cargo los menores para tener una cercanía y participación familiar fortaleciendo los lazos de familia tanto paterna como materna en aras del derecho a la familia, el niño en

cumplimiento de los principios y ordenamiento constitucional de la protección y justicia y asimilando el proceso de la teoría de igualdad en bienestar del menor y no de lo pragmático y utilitarista que es como se refleja esta investigación jurídica, debido a que se confía al estudio de la viabilidad del derecho sustancial de la modalidad de custodia compartida del ente estatal en desarrollo de la calidad de vida, bienestar, familiar y prosperidad de la sociedad, que hace parte de un proceso; así como su eficacia, siendo el Derecho quien permite ser el regulador de estas relaciones jurídico - sociales; y la concordancia o discrepancia en relación también con los principios, teorías y normas con tal desarrollo jurídico social que es dinámico, cambiante.

### **CAPÍTULO III**

#### **VIABILIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

El presente capítulo busca establecer la corroboración de las hipótesis del objeto de esta investigación “viabilidad de la custodia compartida” como el alcance de los resultados del estudio ya referido, un aporte acorde a la utilidad y el ejercicio dinámico y actuales del derecho con la finalidad de encontrar posible soluciones a la problemática; así se establece fundamentos jurídicos y metodológicos que consienten extender la investigación en el análisis propuesto , además apoyar las nuevas perspectivas en desarrollo del ejercicio investigativa como profesionales, juristas desde puntos de vista críticos y dialécticos en la labor del derecho.

Se presenta la corroboración de la investigación que distingue la afirmación de la hipótesis así se establece elementos jurídicos y metodológicos que permiten desarrollar a cabalidad la investigación y el análisis del tema de este trabajo, pero además contribuir con nueva perspectiva informativa, en el desarrollo de la actividad profesional.

#### **3.1 Protección al menor del Derecho a la Familia**

Las distintas significaciones de familia en un sentido general, de un pasado y un futuro, desde lo que implica considerar que es familia en cualquier sociedad, tanto concepto moderno, amplio donde es la médula, el organismo jurídico esencial, es aptitud de ser padre madre e hijos bajo autoridad, protección, manutención, y especial cuidado, por sus progenitores y por convivencia, tiene origen el concepto de familia en el derecho de Colombia que incluye lo anterior y sus diferentes vínculos jurídicos, como el de matrimonio, parentesco, filiación, unión intersexual, unión marital etc. que tiene asidero en lo que define hoy familia “ ... núcleo esencial fundamental de la sociedad...” expuesto en la «Constitución Política de 1991., Art. 42) consagró principios esenciales (i) «que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y »(ii) «el Estado y la sociedad garantizan protección integral a la familia». De igual forma, la Carta, Política, Art. 44) otorga prevalencia a «los derechos de los menores sobre los derechos de los demás». (Monroy, 2015. pp.1-7)

El carácter de derecho fundamental de la familia, como núcleo de la sociedad, se encuentra consagrado en diversos instrumentos del derecho internacional. (Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, Art. 16) donde se establece:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

"2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio”.

"3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (...)". (Sentencia C-566, 1993)

Hay que observar que además de la Constitución, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, existen todos los Convenios, Tratados ratificados y declaraciones sobre «Derechos Humanos» que Colombia es Estado Parte. Son concordantes al derecho interno en lo relativo a familia. Hoy en día el derecho al menor prevalece por encima de cualquier otro es autónomo la expedición del código del menor regula los conflictos sociales y los aportes que de la jurisprudencia, doctrina se tiene en cuenta a nivel internacional la «Declaración de Ginebra, 1924, La Declaración de los Derechos del Niño 1959» la adopción de la Convención sobre «Derechos del Niño de 1989», Convenciones sobre derecho adopción de menores, 1989, Tráfico internacional de menores, 1994 y obligaciones alimentarias 1989 normas que refuerzan la protección al menor y al derecho del menor; y la legislación interna civil y de familia y complementarias, como fuentes derecho a la familia y al menor Monroy, 2015.pp.30-37)

En ese sentido, «La Corte Constitucional» reitera (Sentencia C 577 de 2011) se pronuncia recientemente al «Derecho A La Familia» de todo menor “se encamina a propiciar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado por vínculos naturales o jurídicos de lo que es una familia. (Corte Constitucional. Sentencia C- 683 de 2015)

Es así que estima que por eso, cuando un niño no tiene una familia que lo asista, ya sea por el abandono de sus padres biológicos o por cualquier otra causa, y los demás familiares directos incumplen sus deberes de asistencia y socorro”, señalado consideraciones como estas: “ (...) es el Estado quien debe ejercer la defensa de sus derechos al igual que su cuidado y protección”, (5.2), en la misma sentencia refiere “al principio de solidaridad y al derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, aclaró que aun cuando lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia, y lo excepcional que sea expósito, en todo caso el derecho del menor a tener una familia no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima”. “El derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta, por eso el Código del Menor emplea el término colocación familiar”. (6.2) (Corte Constitucional Sentencia C-071 de 2015)

Con estas razones confina al auxilio de los «Derechos al menor» conformar un núcleo familiar y la finalidad de esta no excluir el derecho que tiene el menor que tiene en ejercicio de todos sus derechos.

## **3.2 Deberes esenciales de los padres**

### **3.2.1 «Obligaciones de crianza, educación y establecimiento».**

Los progenitores por hecho de ser padre y madre relación que se arrogan ante sus hijos que derivan en una cadena de deberes y derechos, los cuales se deben ejercer de forma conjunta por los progenitores y a falta de uno de ellos le corresponde al otro; *la patria potestad* es reservada a

los padres; al respecto de su propia naturaleza se ha establecido el cuidado personal, la crianza la educación, el alojamiento, el vestuario, la formación todo en debida forma, y el deber de establecerlos, con ello proporcionarles un medio de subsistencia para que se puedan valer por sí solos. (Monroy, 2014)

### **3.2.2 Respetto de las relaciones progenitores e hijos “cuidado personal”.**

Respetto del cuidado personal. Los padres tienen el deber por el solo hecho de ser padres, de cuidar personalmente al hijo desde la época de la concepción hasta cuando pueda valerse por sí mismo. Es deber que ha establecido la propia naturaleza y no la ley. Las leyes todas traen una sanción por el incumplimiento de los padres, ya sea la Ley Civil y Familia que dejan entre ver la responsabilidad que corresponde; en Colombia existe el delito por tal abandono. El abandono de hogar que se extiende al abandono de familia cuando los cónyuges teniendo la obligación de cohabitar, (Código Civil. Art.178) vivir juntos en el mismo techo y por parte individual tiene derecho a ser recibido en la casa sea de uno o viceversa y hay negatividad en esta situación. (Zamudio, 1991) hay disposiciones penales que se encargan de sancionar desde la Ley 75 de 1968, que sanciona y castiga abandono del menor (Art.266, 267) sanciona a los padres al cuidado personal para con los hijos, es un reconocimiento del derecho iusnatural.

### **3.2.3 Crianza, educación y establecimiento.**

Los progenitores “padres”, tienen la obligación de *consumo* «Criar a los hijos» (Código Civil, Art. 253) de darle su alimentación, alojamiento, vestuario, etc., tienen el deber de educar los hijos de formarlos, de orientarlos debidamente. Tienen el deber de establecerlos, esto es, de proporcionarles un medio de subsistencia para que se puedan valer por sí solos. Son deberes establecidos por la propia naturaleza. (Icbf, 2012)

Ahora bien, la ley ha dicho de donde debe sacarse los dineros para atención de «crianza, educación y establecimiento de los hijos» ha dicho: el Código Civil, los artículos 1800, 257 del con su modificación por el Decreto 2820 que las expensas de crianza y costes de educación deben salir de la sociedad conyugal.

Es así, que no hay sociedad conyugal entre los padres, porque ya se disolvió o porque no son casados, le corresponde al progenitor que tenga bienes, si ambos tienen bienes tendrán que contribuir cada uno a prorrata de sus correspondientes haberes.

En efecto la ley dice que en caso necesario pueden sacarse los dineros propios del hijo si los tiene, cuando la sociedad conyugal no los tiene. Los gastos del establecimiento en cambio permiten de ley que si el hijo tiene bienes propios que se saquen de sus bienes propios en forma directa no porque sea necesario. La ley también dice, que si los padres o el hijo no tienen bienes propios ese deber les pasa a los ascendientes inmediatos (es decir los abuelos)



### **3.2.4 La autoridad paterna.**

Como anteriormente se refirió a las relaciones que la ley reconoce, entre ciertas personas que ejercen una autoridad y que tienen unos deberes a su cargo y personas sometidas a ellas, principalmente entre padres e hijos. Forma parte de estas relaciones la dirección del hogar que les corresponde a los cónyuges, tanto deben fijarle como residencia hogar, en primer lugar, de común acuerdo, y si no suponen de acuerdo deben acudir a un juez que les determine el lugar correspondiente.

### **3.2.5 Los deberes de Orientación y Corrección.**

Es iusnatural el ejercicio de padres, como la obligación de orientar a los menores a su cargo instruyéndolos de acuerdo con una moral sana, inculcándoles una orientación intelectual, más o menos que carrera puede seguir. Dice la (Ley Civil, Art. 264) que, sin poder obligarlos a abrazar una carrera contra su voluntad, pero si el deber de orientarlos y formarlos (C.P. Art. 45) en la carrera que les convenga y siempre cuando no atente a su vida.

Como no puede obligarlos tampoco a contraer matrimonio; la falta de consentimiento de los padres; si bien el deseo de conformar a una familia ha sido connatural al hombre, en las distintas culturas no ha existido consenso respecto de la edad para contraer nupcias o para conformar una familia, cualquiera sea su vínculo. En Colombia se requiere mayoría de 12 años para el sexo femenino y 14 años para el sexo masculino, son libres para contraer matrimonio. Existe una primera regulación del matrimonio en Colombia a través del Código Civil se fijó inicialmente la edad de 12 años para contraer válidamente matrimonio y durante muchos años, este límite establecido por el legislador persistió hasta el 2004 cuando «la Corte Constitucional» precisó que la edad mínima para que la mujer pueda contraer matrimonio válidamente son los 14 años y para ello manifestó tener en cuenta las reglas fijadas en materia penal y laboral. Reitera la obligación constitucional de garantizar la igualdad entre ambos géneros. (Sentencia C-507, 2004)

sin olvidar que es requisito «sine quanon el consentimiento de los padres» el aspecto de LA LICITUD Y EL DE VALIDEZ.

Los padres también tienen derecho y deber de CORREGIR LOS HIJOS, aplicando sanciones moderadas. La ley civil impone y reconoce esa obligación y les da derecho para cuando los castigos de la casa no sean suficientes, puedan acudir al Juez, para que este imponga sanciones, vigilancia, corrección, Se extenderá a falta de uno de los padres o ambos por inhabilidad o muerte a quien tenga el cuidado personal del menor. (Código Civil, Art. 262, 263), por ejemplo, cuando se envía un menor a un establecimiento correccional debe ser a través de Juez. Etc.,

### **3.3 Deberes de la obligación alimentaria**

Con respecto a los deberes, se establece la obligación alimentaria a los padres en su defecto a los abuelos, la obligación de alimentar a los hijos o a los nietos según sea el caso, es una disposición otorgada en el contenido en «Constitución Política, 1991», «los Tratados, Convenios internacionales», vigentes de «Derechos Humanos» revalidados por Colombia, pero no consagra una definición. El contenido de «la Ley 1098, 2006 por la cual se expide el Código de la infancia y la Adolescencia», como la Ley Civil, Art. 411; el Código General del Proceso y los pronunciamientos de la «Corte Constitucional»; refiere del derecho a los alimentos (Monroy, 2014. p. 173) se contrae respecto de los descendientes, únicamente a lo que se llama comúnmente comida “alimentos básicos” también comprende Vestuario, Educación, Alojamiento, y Establecimiento.

Debido a lo anterior, se distinguen los alimentos congruos y los alimentos necesarios que trae el (Código Civil, Art. 413). Los primeros son aquellos que habilitan a la persona para la

subsistencia, de acuerdo con la posición social y los segundos son los indispensables para la subsistencia. Es decir, únicamente lo que la persona requiera para poder vivir.

Así, tienen derecho a los alimentos congruos, el cónyuge actualmente, cualquiera de los dos, los descendientes y ascendientes y la persona que ha hecho una donación cuantiosa, debe observarse que la persona que donará debe reservarse lo que requiera para su congrua subsistencia, y si no lo ha hecho tiene derecho a reclamarlo a la persona a la cual realizó la donación. (Código Civil Art. 1465). El criterio actual es más amplio a la anterior acepción que trae la ley civil, existe características que implican que es todo aquello que complementa «el desarrollo físico, psicológico espiritual, moral, cultural y social» y para lograr lo comprenden lo necesario para la subsistencia. (Monroy, 2014. p.177, 178)

Es que la persona que tiene a su cargo la obligación de dar alimentos se llama *Alimentante* y la persona que tiene derecho a recibir alimentos se llama *Alimentario*, o sujeto activo que tiene derecho a pedirlos.

### **3.3.1 Petición de Alimentos de Menores.**

Los elementos esenciales para que prospere la Petición de Alimentos, son los que el Alimentario necesite los alimentos, que exista relación parentesco legal, en la cual el alimentario tiene derecho y el alimentante tiene la obligación y que el alimentante esté en capacidad de dar los alimentos estos requisitos le incumbe probarlos al alimentario, tiene la carga de la prueba. En el momento en que cese la causa para dar alimentos, puede el alimentante mediante otro proceso revisar, con el fin de que se le exonere de seguir cumpliendo con la obligación, por ejemplo, cuando el alimentario adquiere bienes, entonces ya no requiere que se le siga alimentando. O la situación inversa que como alimentante, perdió los bienes y por consiguiente no tiene con que cumplir, entonces a él le corresponde demostrar que cesa la causa. (Medina, 2014 p. 662, 663)

El deber de prestar alimentos lo sanciona la ley y lo reconoce, protege y garantiza, se puede decir frente a dos formas: Forma de carácter penal “inasistencia alimentaria”

### **3.3.2 Procedimiento de Alimentos**

Cuando se trata de Alimentos de Menores se tramita a través de un proceso verbal sumario previsto en «el Título II del Código General del Proceso, (Art.390)», se inicia un proceso judicial con la presentación de la «demanda de Custodia y Cuidado del menor» hijo; ante el operador jurídico competente; es quien fija, aumenta, disminuye, exonera los alimentos, restituye pensión alimenticia, sea señalado por Juez de Familia a los menores.

Se siguen reglas la ley las reglamenta de forma abstracta para que prosperen la petición de alimentos, disposiciones especiales de Ley del Código General del Proceso, (Art.397) guarda relación con lo Dispuesto en el Decreto 1736, 2012. La Inasistencia alimentaria se modificó (Ley 1181, 2007).

“El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete puntos cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor”. (Ley 599, 2000. Art.233)

Cuando cualquiera de las personas obligadas a dar alimentos no está cumpliendo, el Alimentario lo puede denunciar penalmente, de ese delito son competentes para reconocer ante un Juez Penal, como lo dice la norma la sanción es de carácter penal con privación de la libertad. El interés de dejar cesar la obligación mediante cumplimiento le formule al juez y cesa. Ahora bien, ante el Juez Civil de familia pues es ante él quien se hace efectiva la asignación del entendido por alimentos a todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto. (Artículo 133, Decreto 2737 de 1989. Código del Menor. Artículos 24 y 41, numerales 10, 15, 31. Artículo 81, numerales 9 y 11. Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia). (Instituto Colombiano Bienestar Familiar, 2012)

### **3.3.3 Procedimiento de Conciliación.**

Se aplica conforme al «Código de la Infancia y la Adolescencia», frente al petitum especial de alimentos a un menor, se sigue el procedimiento ante el «defensor o comisario de familia» que llame a audiencia preliminar que es denominada de conciliación, se procede con ordenar por medio de la citación al obligado (conociendo la dirección de notificación). Aplica para lograr un acuerdo a la controversia (Ley 640, 2001), se realizará al cumplimiento de la citación, por un funcionario adscrito y se dará apertura, identificación y explicación del mecanismo alternativo de solución al conflicto, con el objeto de levantar la respectiva acta si se llega a la conciliación, la cual indicará: i) «El monto de la cuota alimentaria, así como la fórmula para su reajuste periódico». (ii) «El lugar» (iii) «la forma de su cumplimiento». (iv) «La persona a quien debe hacerse el pago» (v) «la cuenta donde se consigna o donde se entrega el dinero». (vi). «Los descuentos salariales, si a ello hubiere lugar» (v) la fecha estipulada para los pagos o descuentos. Esta acta presta efectos de mérito ejecutivo y cosa juzgada. (Ley 640, 2001)

### **3.3.4 Fijación Provisional cuota alimentaria.**

Conforme a la Ley de infancia y adolescencia, la cuota provisional de alimentos. será fijada por el defensor o el comisario de familia en dos eventos: 1) Cuando el obligado no concurrió a la audiencia de conciliación a pesar de haber sido debidamente notificado. 2) Cuando en la audiencia no se llegó a ningún acuerdo conciliatorio. (Ley 1098, 2006. Art.111) cuando se corre traslado; según el artículo 129 inc.1 de la enunciada ley, siempre que exista vínculo original la obligación alimentaria. Ya en curso el proceso el Juez puede fijarla atendiendo a factores como el patrimonio, el estrato social, costumbre, y generalidades que le anteceden para equilibrar económicamente que capacidad tienen los progenitores, esta valoración la hace el operador jurídico regulándola de tal forma que se aproxime a una cuantía de acuerdo con los ingresos para proporcionar los alimentos según su criterio lógico y experiencia jurídica. (Medina, 2014 p. 663)

### **3.3.5 Forma y medidas especiales a la obligación de alimentos.**

La sentencia si no paga lo estipulado la parte obligada el Juez acatando el procedimiento a los diez (10) días hábiles siguientes de la orden al no pago ordena proceder con medidas cautelares como «el embargo, secuestro, avalúo y remate de bienes o derechos» al deudor. Si el cobro a quien está obligado a pagar no tiene ingresos, «el juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el 50 % de lo que legalmente compone el salario devengado mensual del demandado, y hasta el 50 % de sus prestaciones sociales, realizando las deducciones de ley». «Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, en cabeza del demandado, el juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el 50% de los frutos que produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria» (Monroy, 2014 p. 181: 3.3)

El embargo se levanta al cumplimiento de la obligación.

### 3.4 Configuración de la custodia

El concepto lleva muy poco tiempo rondando «la custodia compartida», concepto entre nosotros. Sin embargo, la opinión de consulta de la doctora Liliana García de Carvajal, prestigiosa psicóloga de un colegio de la ciudad de Cali, y sobre las bondades e inconvenientes observados en menores con un sistema manifestó: Cuando los padres se separan, la mayor preocupación que tienen los niños pequeños es la posibilidad de sentirse abandonados por parte del progenitor que se marcha de la casa, y este, generalmente es el padre. Los niños consideran que, así como se acaba la relación de pareja, también su contacto con los padres (padres e hijos/as)

Expuesta la norma de la modalidad *custodia personal* en protección del menor (Ley 1098,2006) cuando se refiere igualmente al cuidado persona y se vislumbra como derecho de los niños, como obligación que encuentra los valores y funciones para quien va a representar al menor de «criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir, corregir» imponer disciplina a comportamientos atenten contra su integridad vida.

Antes, bien la custodia se refiere «al cuidado en caso de hijos extramatrimoniales el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña». «hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Por tal razón en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos». (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012)

El principio II de «protección a la niñez en el derecho interno se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959», señala “la niñez gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. (Icbf, 2012)

De la misma manera resalta la Convención sobre el Derecho de los Niños. Art. 18, 27, «que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño y finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social». (Asamblea General de Naciones Unidas, 1989)

A lo anterior primero se debe intentar conciliar los progenitores buscando solucionar los relacionado con el menor (cuidado, crianza, corrección, orientación, visitas, alimentos) este trámite es directo, si no llega a un acuerdo el acudir ante el Juez de familia es la opción el regular la tenencia y custodia del menor en Colombia.

### **3.5 Efectos de la «custodia compartida»**

Se ubica que la custodia compartida debe presentarse como una transformación que experimenta la familia ligeramente enunciar factores de como orientar el estudio de esta modalidad la viabilidad como práctica una modalidad efectiva para el ejercicio equitativo de las funciones paterno y materno filiales, en beneficio del niño de gozar del núcleo familiar y no ser alejado de la misma, e igualitaria en cuanto tengan a sus padres aun separados de forma igualitaria.

Produce efectos en los niños y en los padres, un alivio en medio de lo triste que es para un niño que presencia el que sus padres se separan, en la inocencia del menor una actuación



psicoafectiva, baja autoestima, inclusive aislamiento, vive un dolor ante la pérdida de un cuadro de familia que estaba acostumbrado que en aras del consenso de sus padres, un acuerdo que le garantiza que la relación de él como hijo con sus padres seguirá aparentemente estable y obtendrá la protección de ambos progenitores (Restrepo et ad, 2006) y el deber de proporcionar bienestar de los menores y a los terceros parientes cercanos cuando no tengan la condición de asumir por sí mismos tal función.

### **3.6 La fijación del domicilio**

La vivienda se fija en como domicilio, el de cada uno de los progenitores con carácter alterno o en el domicilio de uno de ellos

### **3.7 Régimen de visitas**

La visita es respaldada por la Carta Política, que consagra «que es un derecho familiar de los niños, niñas y adolescentes» está de preferente a cualquier derecho el del niño y la ley no establece restricciones al comunicarse y compartir con ambos padres para el cumplimiento de dicho derecho que propende la afectividad, reforzar lazos de amor y solidificar la relación que surge. Y determinar quién es el competente que de acuerdo con el caso en particular se establecerá la viabilidad de las partes que intervienen frente a un tercero.

El Concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sobre «régimen de las visitas»:

«La reglamentación y regulación de visitas, es un sistema por medio del cual se trata de mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En principio, las visitas pueden ser acordadas por la pareja según las circunstancias concretas del caso, con aprobación del funcionario correspondiente

o, en su defecto, fijadas por el juez, después de un estudio detallado de la conveniencia, tanto para el menor, como para uno de sus padres. Existiendo otros medios a los que puede acudir, en determinado momento, un progenitor cuando el otro decide influir en su hijo buscando desvanecer su figura, la acción de tutela es improcedente, por existir un medio idóneo para lograr que sea modificado o suspendido el régimen de visitas, y si la situación es grave lograr la suspensión de la patria potestad. Esta Corporación ha considerado que, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa, se debe y puede proteger el derecho de uno y otro progenitor a entablar y mantener sin obstáculos, las relaciones afectivas con sus hijos. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012)

“Implica no solamente la posibilidad de su exigencia, fijación por parte del padre que ha sido injusta y arbitrariamente privado de ellas, sino la obligatoriedad de su cumplimiento en aquellos casos en que pese a estar reguladas, no se ejercen por causas imputables al propio padre a quien le han sido fijadas”. (Icbf, 2012)

Igualmente, el pronunciamiento de «La Corte Constitucional, 1993 Sentencia T-500, 1993, indica:

"No son sólo los derechos de los hijos menores los que están en juego al momento de fijarse una reglamentación de visitas: también los de cada uno los padres, derechos que deben ser respetados mutuamente. Así, el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia.

“...cada uno de los padres tiene derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos; y tiene, además la facultad de desarrollar su relación afectiva como la considere pertinente, siempre y cuando no lesione los intereses prevalentes del menor. Por esta razón, cada uno de los

cónyuges debe respetar la imagen del otro frente a sus hijos, no debe aprovecharse de su situación de privilegio, frente a aquel que no tiene la tenencia del menor, para degradarlo y menospreciarlo, olvidando que su función es buscar el desarrollo integral de los hijos. (citada en la Sentencia T-252, 2016. núm.6.12)

Con lo anterior se concluye que la reglamentación de visitas es un derecho del menor absolutamente exigible frente al padre que impide, o a aquel que simplemente no las ejerce, posición que es respaldada por disposiciones que consagran el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos. Estos ejercicios de “la reglamentación de las visitas sólo se requieren cuando los padres se encuentran viviendo separados ya sea por divorcio, separación de cuerpos o simplemente por no haber convivido jamás y es un concepto inescindible de la noción de custodia y cuidado personal, pues operan como figuras principal y accesoria”. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012)

#### **4. Proposición Criterios (custodia compartida)**

A la hipótesis de tener en cuenta que es viable y posible la custodia compartida en Colombia por aquellos progenitores optan por esta modalidad; tienen claro que su misión de padres es una responsabilidad prioritaria y que por encima de las dificultades que puedan existir con la pareja, en lo que realmente están desacuerdo es en continuar asumiendo las obligaciones y derechos de manera responsable y compartida en función de padre y madre no hay escogencia de una sola persona que se haga cargo de sus hijos en común por lo tanto esta la institución de modalidad compartida en su aplicabilidad, tiene su sustento en el núcleo esencial de la familia y relación parental igualitaria devenidos de la Constitución y la protección al menor, desarrollo integral y armónico. Se solidifican relaciones de hijos con progenitores y la autoestima, cambio emocional, ánimo de quien afronta estas situaciones de custodia monoparental va directamente a la corresponsabilidad de los padres frente al menor hijo

## 5. Robert Alexy. “el concepto y la validez del derecho”

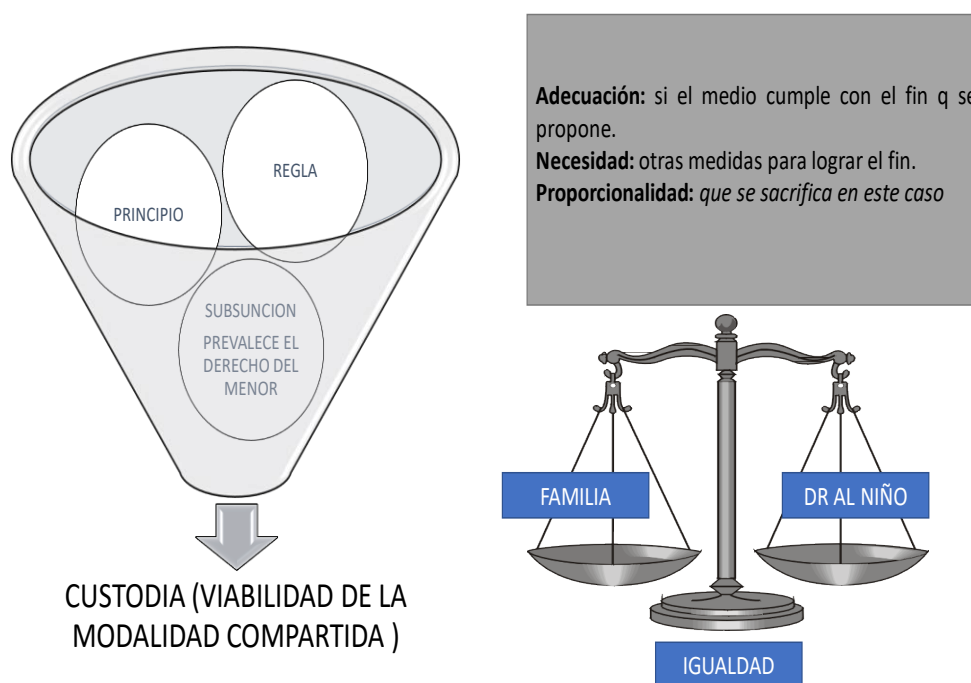
Ahora bien, un enfoque teórico de posible solución es la validación se encuentra en las competencias de Robert Alexy, el defender los valores y principios que es la mirada del constitucionalismo se deben plasmar como mandatos óptimos esto lo cual significa que todos los principios se encuentran al mismo nivel, pero en una situación determinada se elige uno para ponderarlo u optimizarlo (se le da mayor valor a uno de esos dos principios). Sin desconocer la importancia de los otros principios. (el derecho del niño – el «Derecho a la Familia» – «el Derecho a la integridad de la persona» de cumplirse, concebir la moral a partir de la Carta Política, 1991, (Art. 44) que indica: Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo no sólo a la familia, sino a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño, con la finalidad de permitir el pleno ejercicio y la eficacia de sus derechos. (Icbf, 2012)

«Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

(Constitución Política, 1991 Art. 44)

Robert Alexius, nos habla de cuatro principios igualdad, equidad, justicia, libertad a diferencia de Dworkin que habla solo de tres, elimina la libertad, ahora bien, en cuanto aplicar la ponderación como forma de equilibrar las normas los principios optimizando un principio sin dejar al lado otro principio es así como se permite inferir del artículo 44 que estaría consagrada la custodia compartida y no solo la figura monoparental que se ha vislumbrado en la realidad social y jurídica colombiana:

### Ilustración 3. Enfoque posible solución teórica del problema



**Fuente:** Elaboración Propia: Fuente: Competencias de Robert Alexi vs Objeto del problema de investigación

La exposición de motivos dará el fin perseguido:

EL Conflicto hay colisión entre:

➤ Custodia Modalidad – Compartida Vs Monoparental (Principio Vs Principio)

La forma de expresar el Problema es:

P Vs P: Ponderación

P Vs. Regla: Subsunción (esto es ubicar el hecho en la norma) se conforma el silogismo.

Donde Regla.es: R: (Art. 42 (familia))

Vs Principio que es P: ((Igualdad Art.13))

Ponderación: Desarrollo integral armónico del menor (Prevalece)

□ **Conexión Calificante:** (Tesis de la vinculación) Es aquella donde el sistema jurídico o las normas satisfacen un determinado criterio moral y son aceptadas por todos los miembros de la sociedad. (Nunca se separa de la moral). El ejemplo es: La Constitución, los códigos y demás normas aceptadas en un Estado.

Es así como es aplicable el argumento de Robert Alexi, quien es amigo de esta teoría y por ende satisface la deducción que se hace de la misma con la subsunción de la norma, que no es otra cosa que encajar el hecho en la norma sería (conclusión, verdad, la decisión del juez es la respuesta), el determinar cierto silogismo que predominará como enunciado. Robert Alexy, no está de acuerdo con la subsunción porque dice que se argumenta solo con la norma (todo o nada) y no le da oportunidad a la argumentación.

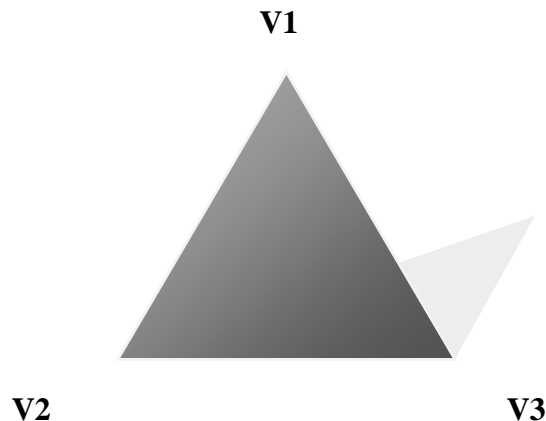
Ahora bien, el silogismo es la base de la reflexión por eso critica al ius positivismo, ya que en este no hay lugar a la reflexión, solo se aplica la norma. (Verdad inmodificable); parte del argumentar desde los principios y valores que aquí se pondría en práctica desde el constitucionalismo, cuando en artículo 42 dice “que la familia es el núcleo de la sociedad”..., “... las relaciones familiares se basan en igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el

respeto recíproco entre todos sus integrantes...” se entiende que se debe llevar a cabo las relaciones dentro de los criterios y reglas de completa igualdad esto es padre y madre con respecto a su familia; se habla de condición en igualdad de todos etc. Por lo tanto, debe aplicarse, conexo el artículo 13 de la misma Carta, prohíbe toda discriminación debido a género por lo que quedaría en el absurdo que por ser madre se le asigne solo a ella el papel de custodia y en inversa lo mismo esto es igualdad parental.

Sin embargo, todo lo anterior realmente frente a quien va a asumir el compromiso frente al menor o menores y cuando no hay consenso, se recurre a la práctica jurídica de la custodia en estrados judiciales que se encuentra expuesta en la norma de la modalidad *custodia personal* en protección del menor según lo manifiesta la Ley 1098, 2006 cuando se refiere igualmente al cuidado persona y se vislumbra como derecho de los niños, como obligación que encuentra los valores y funciones para quien va a representar al menor como es criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir, corregir, imponer disciplina a comportamientos que atenten contra su integridad vida. Ahora bien, el enfoque teórico práctico vislumbrado como posible solución y de validación en las competencias expuestas de Robert Alexy, permite defender los valores y principios frente a la mirada del constitucionalismo, plasmar lo que define como mandatos óptimos esto lo cual significa que todos los principios se encuentran al mismo nivel, pero en una situación determinada se elige por medio de ponderar u optimizar (se le da mayor valor a uno de esos dos principios). Sin desconocer la importancia de los otros principios. (el derecho del niño – el Derecho a la Familia, el derecho a la vida digna, frente al de igualdad frente a los padres para obtener este cuidado en la modalidad de custodia.

**Ilustración 4** Triangulación Metodológica.

### TRIANGULACIÓN METODOLÓGICA



Elaboración: propia del contenido de este trabajo.

Valor 1: Es lo que la norma protege, Derechos Fundamentales del Niño, Derecho a la Familia, a la igualdad de los parientes.

Valor 2: Es Colombia – Población vulnerable los menores (niños, niñas, adolescentes)

Instituciones: ICBF, UNICEF, Derecho Internacional

Valor 3: Objeto de Estudio: Custodia, «custodia compartida» Ley 1098 de 2006, (Constitución Política. 1991. Arts. 2, 7, 8,13, 42 44 y 51) (Derecho Prevalente del niño – Igualdad Parental en Custodia sin discriminación de género.)

El diseño de investigación que se manejó para desarrollar tiene un enfoque analítico socio jurídico fue el Derecho transversal en el marco descriptivo con una forma documental, esto se pudo llevar de esta forma toda vez que este escrito se centró en el análisis de una o diversas variables dadas, es decir, el estudio en un instante determinado de la aplicación a través de las siguientes categorías estará situación legal de la ruptura de la pareja la dimensión es el derecho de pares, consiste en igualdad de condiciones del prototipo de la asignación de la custodia de su hijo (s) menor (s) el indicador es que no hay ley que regule el procedimiento.



Partiendo de los conceptos y teorías referidas del ejercicio de investigación infiere la garantía y protección del menor; Valor 1 «(Derechos Fundamentales, de los Niños, a Libre Desarrollo de la Personalidad, la Igualdad, Familia, Vida Digna)», admite asemejar que están afines los valores en estudio, si encontramos que el V1 está desconocimiento el Valor 2 y afectando el Valor 3. Por lo que procura esta investigación exterioriza que es efectiva y garantista la modalidad efectuado de custodia compartida y cómo le corresponde al Estado la protección y salvaguarda del menor el entablar precisión y condicionar el «Derecho De La Familia». Por lo que procura esta investigación exterioriza que es efectiva y garantista la modalidad efectuado de custodia compartida y cómo le corresponde al Estado la protección y salvaguarda del menor el entablar precisión y condicionar el núcleo esencia de la familia y del menor ser integrante y no alejado de sus progenitores recursos constitucionales, civiles, familiares y procedimentales para el manejo de adquirir la custodia y sea asignada de forma compartida, estén a su cargo los menores para tener una cercanía y participación familiar fortaleciendo los lazos de familia tanto paterna como materna en aras del «derecho a la familia, el niño» en cumplimiento de los principios y ordenamiento constitucional de la protección y justicia.

### **Población y Muestra**

La población comprende la investigación está construido por diferentes sujetos como son los abogados y estudiantes de derecho de la ciudad de Bogotá de la Universidad Libre de la misma manera se tiene como universo a los cincuenta (50) distintos usuarios de la Unidad Judicial de Nemqueteba, quienes han sido parte en los procesos de Familia y conocen de alguna forma el tema de custodia por ser abogados y secretarios, funcionarios de los Juzgados que ejercen como operadores judiciales y se permitieron contestar la formulación de la encuesta que significa y representa donde tomamos la información, observar la tabla que refleja la población y la muestra.

**Tabla 2.** Reflejo de Universo de la población y la Muestra

Población	Muestra
Togados de la U. libre	35
Profesionales del Derecho	
Estudiantes Universidad Libre	15

Elaboración: propia

- **Fuentes primarias y secundarias - Instrumentos**

Para este caso las fuentes primarias estuvieron conformadas la encuesta a profesionales del derecho 50, tocados transeúntes de los «Juzgados de Familia», trabajadores sociales, abogados y profesores en especialización de familia para un total. El instrumento utilizado fue la encuesta y observación y análisis de las fuentes secundarias por la documentación establecida ya en este estudio, teórico, estado de arte como fueron monografías, artículos, norma, doctrina, jurisprudencia, respectivamente.

- **Resultados de la Investigación**

Al iniciar la investigación se limitó no solo a sistematizar y ordenar los datos recopilados, sino al identificar que vínculos existen entre las variables y situaciones conocidas de «la custodia compartida», modalidad que es recurrente de forma monoparental en los juzgados de familia, padres que se ven abocados, integrantes de la familia, especialmente los menores (niños, niñas y adolescentes), cuando en la relación la pareja presenta ruptura y sigue la distancia, separación y/o divorcio, y la consecuencia cuando hay hijos en común, la controversia , discusión interminable, por la custodia de los hijos.

Para realizar desde la óptica profesional, académica de forma dinámica y acertada de la modalidad de la custodia compartida en Colombia, se consultó este tema de los elementos

escritos científicos de expertos en el tema que se han venido citando y mencionado a lo largo de esta investigación, los operadores jurídicos a tono del régimen de familia, y de profesionales del derecho que permite la tabulación de algunos datos representativos de la encuesta, además de extraer los datos sobre base de esta presunción, se exponen, resume la información con la finalidad de extraer conclusiones significativas que contribuyen al entendimiento del porqué la custodia compartida en Colombia es viable en Colombia.

Además de tener en cuenta indicadores de las estadísticas Según la Superintendencia de Notariado y Registro indica que en febrero de 2016 a febrero de 2017 que da como resultado que por tres matrimonios en el país se registró un divorcio como mínimo, cifras aproximadas del informe que muestra que la diferencia entre uniones maritales de hecho y disoluciones es más alta. Mientras nueve parejas acudieron a las notarías del país para registrar su unión, una pareja también acudió a alguna notaría para registrar la disolución marital de hecho. La Superintendencia de Notariado y Registro demuestra que para el año 2017 en Colombia:

“De acuerdo con las estadísticas, en este periodo se registraron 64.709 matrimonios y 24.994 divorcios en el país. El Valle del Cauca, con 9.275 matrimonios y 4.327 divorcios, es el departamento donde más casos se registraron, seguido de Antioquia con 8.465 y 2.984 y Atlántico con 4.358 y 1.382”. “Así mismo, las notarías del país reportaron que durante el mismo periodo se presentaron 10.307 uniones maritales de hecho y 1.133 disoluciones” (SNR, 2017)

Reflejo a nivel departamental de la información anterior se encuentra en una imagen de la estadística de la situación realizada por la «Superintendencia de Notariado y Registro» en abril 2017. (ver Anexo No.3)

Se presento los conceptos y teorías referidas del ejercicio de investigación que infiere la garantía y protección del menor de los Valore 1,2,3 «(Derechos Fundamentales, de los Niños, a Libre Desarrollo de la Personalidad, la Igualdad, Familia, Vida Digna)», «admite asemejar que están afines los valores en estudio, si encontramos que se está desconocimiento el Valor 2 y

afectando el Valor 3. Por lo que esta investigación exteriorizo lo efectivo y garantista que es la modalidad efectuado de CUSTODIA COMPARTIDA y cómo le corresponde al Estado la protección y salvaguarda del menor el entablar precisión y condicionar el «Derecho De La Familia».

Ahora bien, el reflejo de quienes han sido parte en los procesos de Familia y conocen de alguna forma el tema de custodia por ser abogados y secretarios, funcionarios de los Juzgados que ejercen como operadores judiciales y se permitieron contestar la formulación de la encuesta ¿Usted sabe que es custodia?, tiene como propósito el significar que conocimiento hay sobre el tema, permitió medir que perciben el concepto de custodia, hay en total un referente de conocimiento del tema; la ubicación donde se practicó la encuesta fue en la ciudad de Bogotá y frente a los Juzgados de familia que son los competentes para tramitar asuntos de custodia, cuidado y referente, a quienes a la pregunta ¿Usted ha estado incurso como hijo en una situación de custodia?, la posición de los profesionales abogados por su práctica laboral han llevado procesos, conciliaciones y entorno como personas del común han presentado en su vida un reflejo de custodia en la separación de sus padres; al ¿Qué considera de la custodia concedida a los padres? al quebrantamiento del hogar es un tema viral y el encontrarse cada día más con el acrecentamiento de esta situación el afectado es el menor por diferentes factores de orden social, económico que los presenta en esta situación al ser sujetos de cuidado y protección, se aplicó que ¿Sabe que es custodia compartida?, y al unísono dijo conocer que es una distribución en igualdad para los padres de las obligaciones y derechos con el menor que sea hijo en común que deben detener a su cuidado.

Finalmente se vislumbra que aunque hay conocimiento del tema no hay claridad en la ley los trasmite son parcializados en la custodia monoparental, y hay medios alternativos como la conciliación que agilizan el tema y los procedimientos de custodia diligenciados en los juzgados son un trámite largo y costoso, que los padres son dos no uno solo; aunque el papel de la mujer es importante no debe por lo mismo menospreciarse la labor del padre que se debe estar abierto a la diversidad que propende en una sociedad colombiana como estabilidad y sostenibilidad económica y no por el amor filiar que debe existir cuando sea conformado familia. Es un criterio

subjetivo, que permite inferir que se desea un cambio y una aplicación más legible y conforme a la realidad social colombiana.

## CONCLUSIONES

Se determina que en Colombia como cualquier parte del mundo el divorcio, la separación y disolución de matrimonios y uniones maritales es la razón más común y suficiente para la custodia de los menores; no se encuentra establecido para el progenitor que satisface las obligaciones en debida forma NO se le deba restringir los derechos frente al hijo; el fenómeno más presente de custodia o cuidado personal se obtiene por un solo progenitor es el denominado *custodia monoparental*.

Se descubre que es viable la modalidad de la custodia compartida, del modelo americano en el contexto de la familia colombiana, como es una situación de carácter puramente personal de la relación de padres e hijos que deriva de divorcio, separación, disolución de hecho o de derecho entre parejas que conforman un núcleo familiar, en cuanto a quien va a encargarse de la crianza, cuidado y educación del menor (es) habido (s) en esta relación de amor por vínculos naturales o jurídicos de que es una familia aluda a la condición de igualdad y de derecho por ser principio constitucional permite surgir como una desviación del mismo aplicarse en protección de la sociedad y el Estado en Colombia.

Se identifica que para hacer equitativo el ejercicio de las funciones y obligaciones como derechos paterno y materno filiales como práctica de modalidad efectiva esta la modalidad de custodia compartida, garantizando un desarrollo integral del menor, producto de una relación estable afectiva y emotiva para el menor permite solidificar relaciones de hijos con progenitores y la autoestima, cambio emocional, ánimo del menor quien afronta esta situación de custodia va directamente a la compromiso de los padres frente al menor hijo y cumpliendo con ser la medida más recomendable por psiquiatras y psicólogos para afrontar las mínimas consecuencias traumáticas la separación de los padres y la ruptura de la unidad familiar; de beneficio para el menor que le permite gozar del núcleo familiar y no ser alejado de la misma, es equivalente en cuanto tiene contacto con sus padres en tiempo, en lugar residencia, domicilio que aun separados de forma igualitaria alivian este cuadro de familia no acostumbrado en beneficio de él.

Se determina frente al régimen de visitas respaldado por la Constitución Colombiana es un derecho del menor absolutamente exigible frente al padre que impide, o a aquel que simplemente no las ejerce, posición que es respaldada por disposiciones que consagran el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos; deben ser restringidas en cuanto se evidencia que los derechos están siendo vulnerados, inobservados, previo conocimiento y citación ante las autoridades» encargadas de vigilar, sancionar aquellos quienes infrinjan con comportamientos inadecuados, que debe ser observada, regulada para el desarrollo, bienestar y crecimiento integral del menor.

Se obtuvo del resultado de la encuesta presenta que hay conocimiento del tema en un sector minoritario de forma directa con el tema en estudio, permite medir que no hay claridad en la ley frente al trasmite, que prevalece la custodia monoparental en los estadios jurídicos colombianos, pues las mujeres salen ganando en una separación de pareja, la custodia de sus hijos, como no se encuentra otra salida para recibir ayuda económica y afectiva surge este trámite de la custodia para el cuidado del menor; hay presencia de medios alternativos como la conciliación que agiliza el tema de la controversia y podría instituirse desde ahí las obligaciones y convenios que tiene un procedimiento confrontado en criterio subjetivos, emocionales; permite inferir que se desea el cambio y aplicación conforme a la realidad social colombiana y no en el género o costumbre de quien se le asigna la custodia si no quien cumple medianamente los requisitos para un desarrollo integral y un bienestar total del menor, la importancia de que prevalezca el derecho del menor (niña, niño, adolescente) por encima de cualquier otro derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALASCIO, C. Laura & MARÍN G. Ignacio. (2006). Juntos, *pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art.92 Cc.* InDret Revista para el análisis del Derecho, número 3. Barcelona: Universidad Pómpou Fabra.

ALEXI, Robert. (2009). *El concepto de validez del Derecho.* Barcelona: Editorial Gedisa.

CABRERA, A. Jhon A., SATIZABAL, G. José L., y VARGAS, M. Stephanie. (2016). *La “custodia compartida» en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 y el Derecho Comparado en España.* [On line] Disponible en:  
<http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/9796> Consultado en abril de 2018.

CASTELLANOS, Gabriela., GAVIRIA Carlos., EISENHOWER R. Jhon., RESTREPO. Lucia. O., y SALAZAR. Omar F., (2006). *“custodia compartida» Coloquio.* [On line] Disponible en:  
[http://www.padresporsiempre.com/Custodia\\_Compartida\\_Coloquio.pdf](http://www.padresporsiempre.com/Custodia_Compartida_Coloquio.pdf) Consultado en abril de 2018.

CASTRO, G. Andrea, M. (2017). *La asignación de la custodia y protección personal de las niñas, niños y adolescentes en Colombia, derechos y obligaciones de los padres.* [On line] Disponible en:  
<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15055/1/La%20Asignaci%C3%B3n%20de%20la%20Custodia%20y%20Protecci%C3%B3n%20Personal%20de%20las%20NNA%20en%20Colombia.pdf> Consultado en mayo de 2018.

ENGELS, Federico. *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado.* (2000). 1ª. Edición. Suiza 1884. Fuente: Biblioteca Virtual Espartaco. Marxistas Internet. Archive. [On line] Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/> Consultado en diciembre de 2017.



DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico* (2001) Ediciones Akal. Libro virtual S.A., ISBN: 84-7600-249-1 Madrid. [On line] Disponible en:

[https://books.google.com.co/books?id=iyss0P3tnoIC&printsec=frontcover&dq=emilio+durkheim&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwipttK26t3VAhWIMSYKHbw-](https://books.google.com.co/books?id=iyss0P3tnoIC&printsec=frontcover&dq=emilio+durkheim&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwipttK26t3VAhWIMSYKHbw-CVgQ6AEIRDAG#v=onepage&q=emilio%20durkheim&f=false)

[CVgQ6AEIRDAG#v=onepage&q=emilio%20durkheim&f=false](https://books.google.com.co/books?id=iyss0P3tnoIC&printsec=frontcover&dq=emilio+durkheim&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwipttK26t3VAhWIMSYKHbw-CVgQ6AEIRDAG#v=onepage&q=emilio%20durkheim&f=false) Consultado en abril de 2018.

DUARTE, Gualdron. Rosario. «*Custodia compartida*» en Colombia, *Análisis desde el interés superior del niño y perspectivas desde el derecho comparado*”. [On line] Disponible en:

<http://www.bdigital.unal.edu.co/55533/3/RosarioDuarte.2015.pdf> Consultado en abril de 2018.

ESCRICHE. Joaquín. (1977) *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo IV*. Editorial Temis, Bogotá.

FOUCAULT, Michel. *Les anormaux., Traducción de Horacio Pons. 'Los Anormales'* Curso del Collège de France 1974 – 1975. Ediciones Akal, S.A. 2001. Libro virtual ISBN: 84-460-1286-3 Madrid España [On line] Disponible en:

<https://programadssrr.files.wordpress.com/2013/05/foucault-michel-los-anormales-ocr.pdf>

Consultado en abril de 2018.

GIRALDES Mónica, PENEDO Estibalizt, SECO Mertse., y ZUBELDIA Uxo. (sf). *La familia monoparental*. [On line] Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2698833.pdf> Consultado en febrero de 2018.

GONZÁLEZ. M. Lucía. & TORRES, P. José. M. (2009). *La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor*. Universidad Internacional de Andalucía. [On line] Disponible en:

[http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/custodia%20compartida\\_alienaci%C3%B3n%20parental\\_interes%20del%20menor\\_trabajo\\_unia.pdf](http://www.prodeni.org/Documentos%20pdf/custodia%20compartida_alienaci%C3%B3n%20parental_interes%20del%20menor_trabajo_unia.pdf) Consultado en marzo de 2018.

HERNÁNDEZ, López. Nataly Andrea. (2016). *La alineación parental una violencia encubierta en los procesos de divorcio contenciosos en Colombia*. [On line] Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/54793/1/1018413129.2016.pdf> Consultado en abril de 2018.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF- *Información del ICBF para niños y adolescentes. ABC Código de infancia y Adolescencia*. 2017. [On line] Disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/ICBFNinos/ABCderechos-ninos>. Consultado en abril de 2018.

LATHROP, Gómez. F. (2008) *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid

LOSADA, Llara. Suárez (2016) *La custodia compartida*. Universidad de Oviedo. [On line] Disponible en: <http://studylib.es/doc/8075030/universidad-de-oviedo-centro-internacional-de-posgrado>. Consultado en mayo de 2018.

MEDINA P, Juan E. (2014) *Derecho Civil: Derecho de Familia*. ISBN:978958-738-457-4 Libro digital. Editorial Universidad del Rosario. [On line] Disponible en: [https://books.google.com.co/books?id=5lwyDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=custodia+y+guarda+de+menor+colombia&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiMs56\\_3ZT](https://books.google.com.co/books?id=5lwyDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=custodia+y+guarda+de+menor+colombia&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiMs56_3ZT) Consultado en abril de 2018.

MORA, Andreu E. (2015) *La guarda y “custodia compartida»: Análisis doctrinal y jurisprudencial”*. [On line] Disponible en: [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/132957/TFG\\_eandreamora.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2015/132957/TFG_eandreamora.pdf). Consultado en abril de 2018.

MONROY, C. Marco G, (2015). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Ed. Decimoquinta. Bogotá Colombia: Librería Ediciones de la profesional Ltda. ISBN 978-958-707-249-5

MORGAN, Agurto. Kenya Priscila. *La “custodia compartida» del menor después de la separación de sus progenitores.* [On line] Disponible en:

<http://repositorio.ulvr.edu.ec/bitstream/44000/1635/1/T-ULVR-0676.pdf> Consultado en abril de 2018.

OCHOA, G. Oscar E. (2006) *Derecho Civil I: Personas. Libro digital.* [On line] Disponible en:

<https://books.google.com.co/books?id=VVaY4mTjfjwC&pg=PA602&dq=tutor+testamentario&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjItMzgupTXAhWI7SYKHYUMB-8Q6AEIJDA#v=onepage&q=tutor%20testamentario&f=false> Consultado en abril de 2018.

PÉREZ, Paredes. Norma verónica. (2017) *“custodia compartida»: Un nuevo régimen de protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes en la Legislación Ecuatoriana.* [On line] Disponible en:

<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/8817/1/T-UCE-0013-Ab-18.pdf> Consultado en abril de 2018.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2017) *“tutor”* [On line] Disponible en:

<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=aze4nV6> Consultado en abril de 2018.

RUBIO LI, Francisco. (1993) *la forma del poder: estudio sobre la constitución.* Centro de estudios constitucionales. Madrid.

URTEAGA, Eguzki. (2009) *La teoría de sistemas de Niklas Luhmann.* Universidad del País vasco. Departamento de Sociología. [On line] Disponible en:

<http://www.uma.es/contrastes/pdfs/015/contrastesxv-16.pdf> Consultado en abril de 2018.

ZAMUDIO, Lucero. y RUBIANO, Norma. (1991) *Las separaciones conyugales en Colombia.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

## **Normatividad**

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2016) Constitución Política de 1991. Colombia: Editorial Legis.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2017) *Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, Art.16*. [On line] Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> Consultado en abril de 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1989) Convención sobre los derechos del niño, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 44/25 [On line] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> Consultado en abril de 2018.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 45. (30, marzo, 1936). *Sobre reformas civiles (filiación natural)*. Diario Oficial. Bogotá. D.C: No. 23.147-

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564. (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso. Diario Oficial. Bogotá. D.C: No. 48.489.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2006). Ley 1098. Por la cual se expide el Código de la infancia y la Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá. D.C: N.º. 46.446.

## **Jurisprudencia**

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T – 252 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos de 7 de mayo de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 683 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio de 4 de noviembre de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C - 071 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio de 18 de febrero de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C - 507 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa de 25 de mayo de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T – 884 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez de 24 de noviembre de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Colombia. Sentencia STC 5420 - 2017. M. P. Álvaro Fernando García Restrepo de 19 de abril de 2017.

## ANEXOS

### Anexo No. 1 Formulario de cuestionario de encuesta

En esta técnica se elabora un formulario que contiene preguntas dirigidas a 50 personas, 35 profesionales del derecho y transeúntes de los juzgados de familia de Nemqueteba ubicado en Bogotá en la Calle 14 No. 7 - 36, con la única finalidad de recabar información; las misma que será aplicada a una muestra.

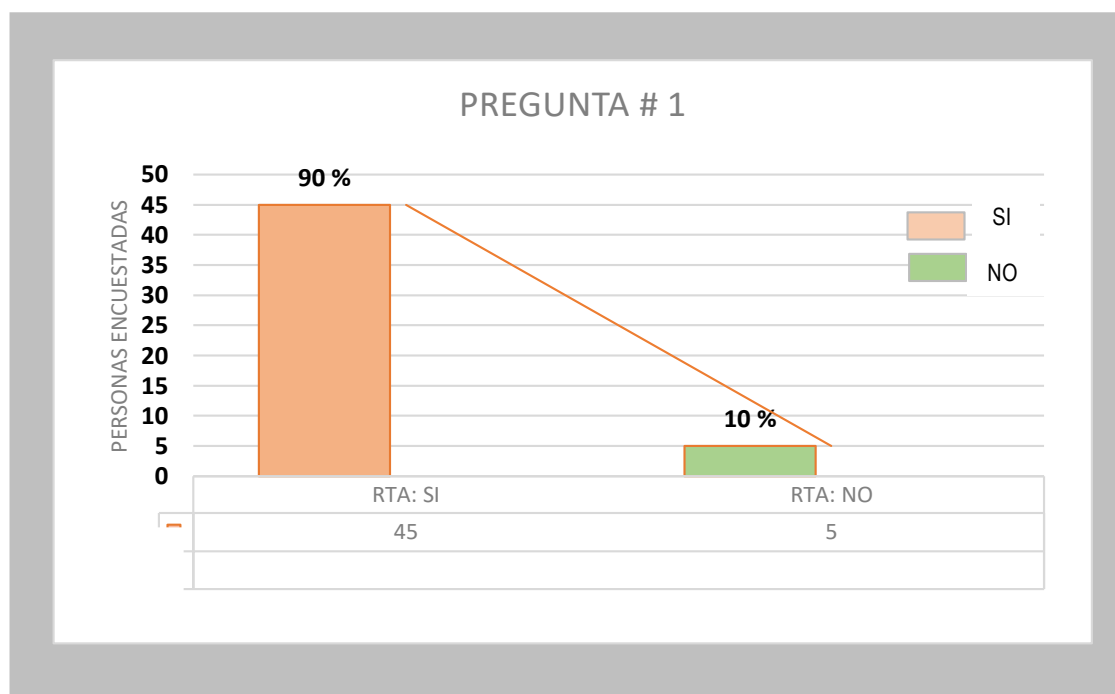
<b>PREGUNTAS DEL FORMULARIO ENCUESTA</b>
--

- |     |  |
|-----|--|
| 1.  | ¿Usted sabe que es custodia?   |
| 2.  | ¿Usted ha estado incurso como hijo en una situación de custodia?               |
| 3.  | ¿Qué considera de la custodia concedida a los padres?                          |
| 4.  | ¿Sabe que es custodia compartida?  |
| 5.  | ¿Ha llevado un proceso de custodia?  |
| 6.  | ¿Cree necesario reglamentarla en Colombia la Custodia?                         |
| 7.  | ¿Cuál ha sido el trámite que conoce para asistir la custodia?                  |
| 8.  | ¿Cree que la custodia es beneficiosa para los menores?                         |
| 9.  | ¿Qué opina de la custodia compartida en parejas del mismo sexo que son padres? |
| 10. | ¿Usted como profesional ha tenido problemas con el tema de Custodia?           |

Notas tomadas: objeto de investigación Custodia Compartida, 2017
--

## Anexo No. 2 Grafica de Encuestas Transeúntes & Profesionales

### Pregunta No. 1 ¿Usted sabe que es custodia?



Elaboración: propia

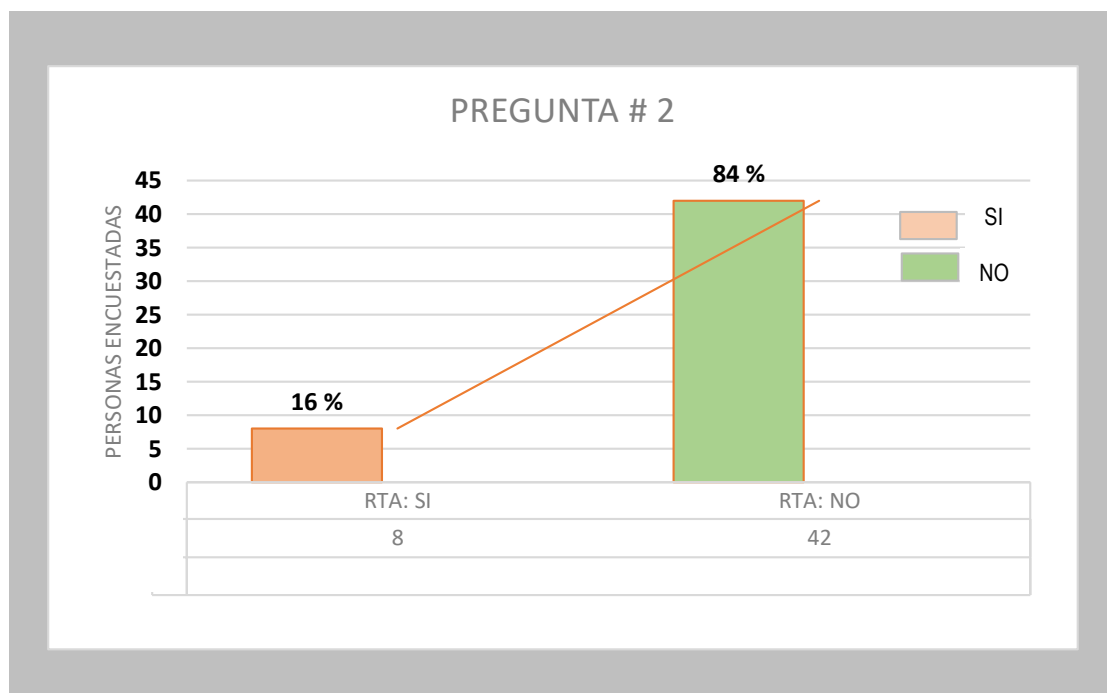
Con opción de respuesta:

SI \_\_\_\_\_

NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas encuestadas (transeúntes & profesionales) a las que se les aplicó la encuesta, el 90% respondió SI y 10 % NO; respondió sobre el conocimiento del tema que tenía de saber ¿qué es custodia? y el resultado de la respuesta corresponde a 45 personas que tenía claro el tema; y 5 personas que no tenían claro el tema, eso significa que hay conocimiento del tema de que es custodia.

**Pregunta No. 2** ¿Usted ha estado incurso como hijo en una situación de custodia?



Elaboración: propia

Con opción de respuesta:

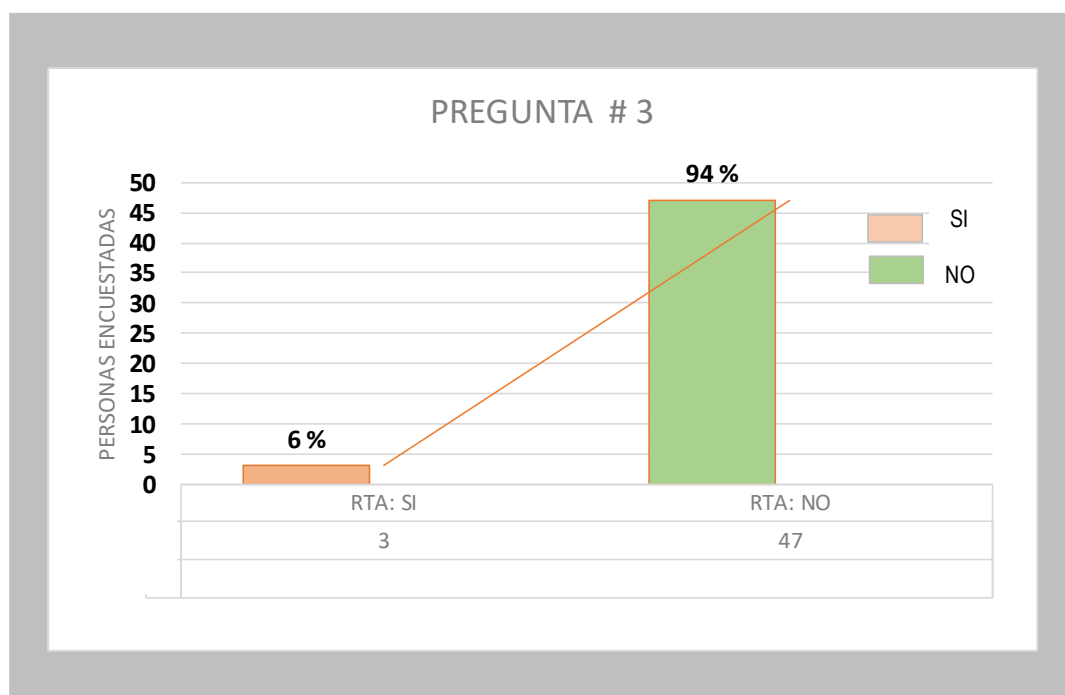
SI \_\_\_\_\_

NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, el 16 % respondió que SI el 84 % No como resultado de que ha estado incurso en una situación de custodia, los 50 encuestados unos profesionales del derecho, en razón a que han llevado una conciliación, proceso de familia, y otros individuos que han sido objeto de separación en su hogar y tuvieron un proceso de separación y distribución de vida de custodia con sus padres reflejado en que tienen presencia en su vida de esta situación.



**Pregunta No. 3** ¿Qué considera de la custodia concedida a uno de los padres?



Elaboración: propia

Con opción de respuesta: abierta

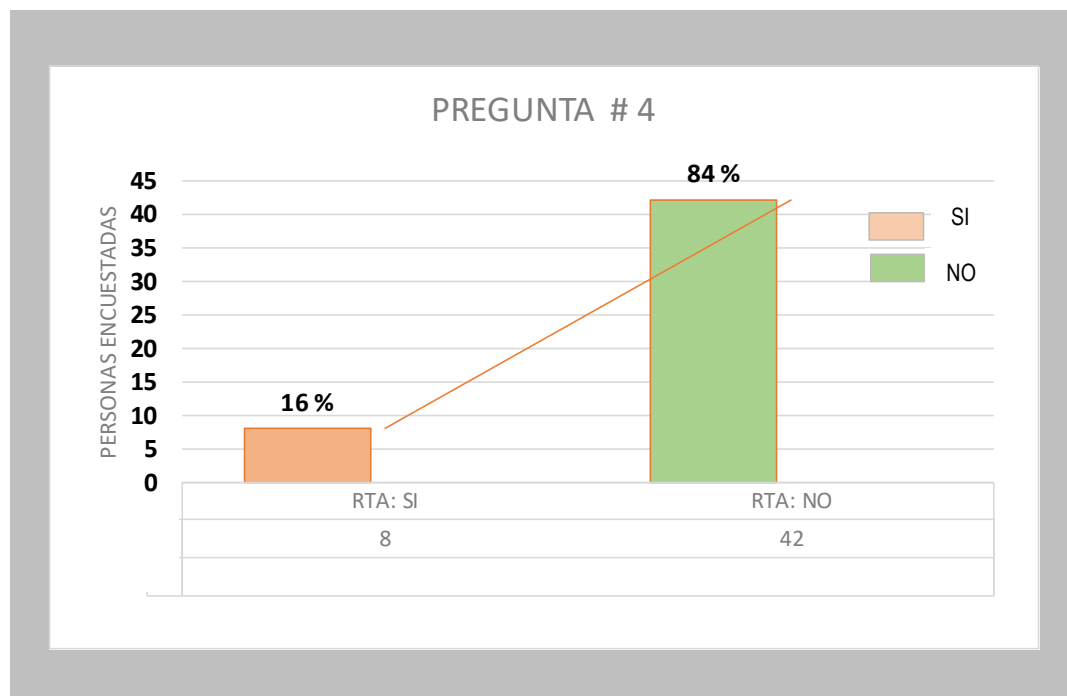
SI \_\_\_\_\_

NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, el 6 % respondió que no es una decisión fácil para el menor si tiene edad razonable esto es después de los 8 a los 16 años, los factores que asume tal margen SI es aceptable y el 94% identifica que NO, infieren factores de violencia, económicos, sociales, costumbres, falta de amor a la pareja se encuentran inmiscuidos en esa situación los menores.

El quebrantamiento del hogar es un tema viral y el encontrarse cada día más con el acrecentamiento de procesos de separación y distribución de vida de custodia con sus padres cuando se está inmiscuido en una situación personal que viola sus derechos en el desarrollo de estar con sus padres, ser separados de uno de ellos.

**Pregunta No. 4** ¿Sabe que es custodia compartida?



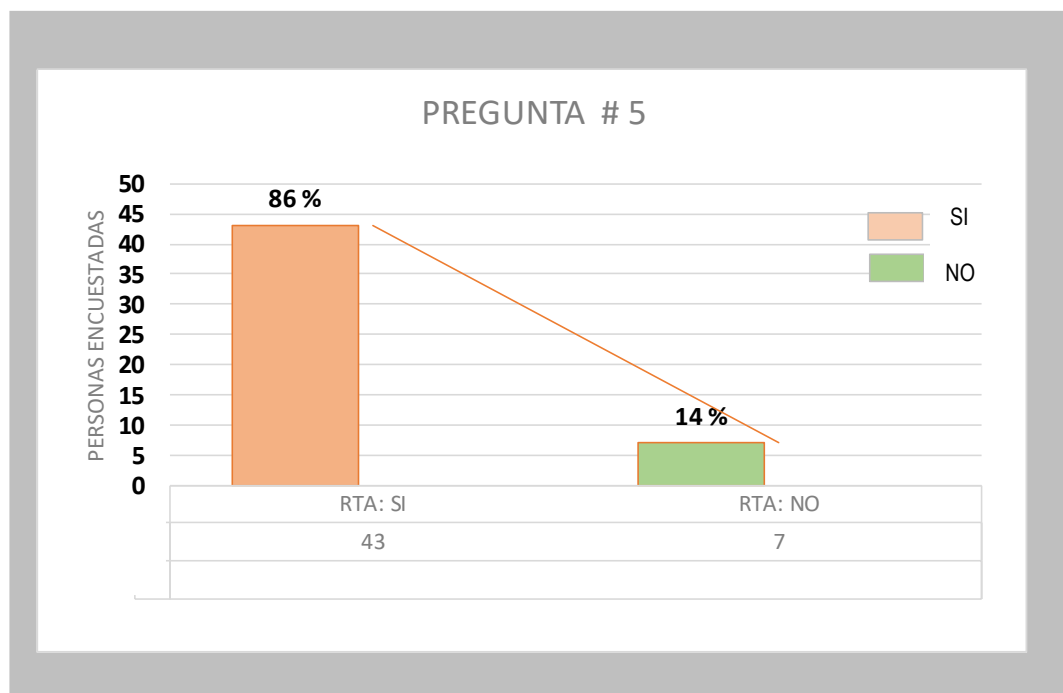
Elaboración: propia

Con opción de respuesta cerrada

SI \_\_\_\_\_

NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, dijo conocer custodia respondió que SI a custodia compartida el 84 %. Explico que es distribución en igual para los padres de quién tenga a la par las obligaciones y derechos con el menor, hijo en común. Denota que no es claro el concepto se cree que es un derecho y una obligación de ambos padres actualmente.

**Pregunta No. 5** ¿Ha llevado un proceso de custodia?

Elaboración: propia

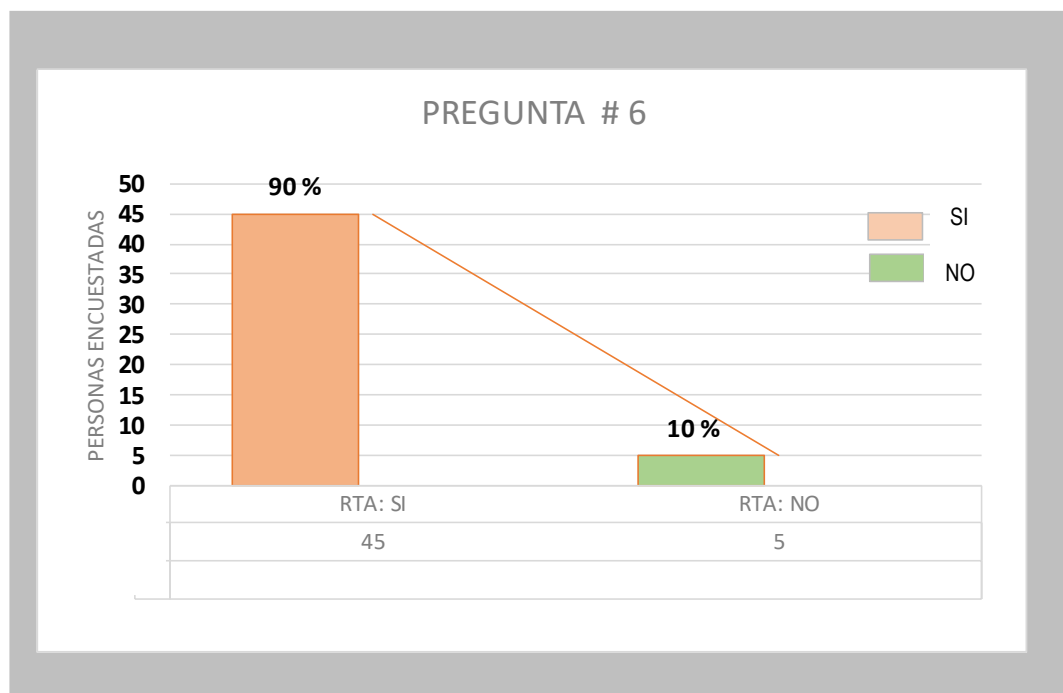
Con opción de respuesta cerrada

SI \_\_\_\_\_

NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, dijo estar involucrado en un proceso de custodia respondió que si el 86 %, y el 14 % nunca.

**Pregunta No. 6** ¿Cree necesario reglamentarla en Colombia la Custodia?



Elaboración: propia

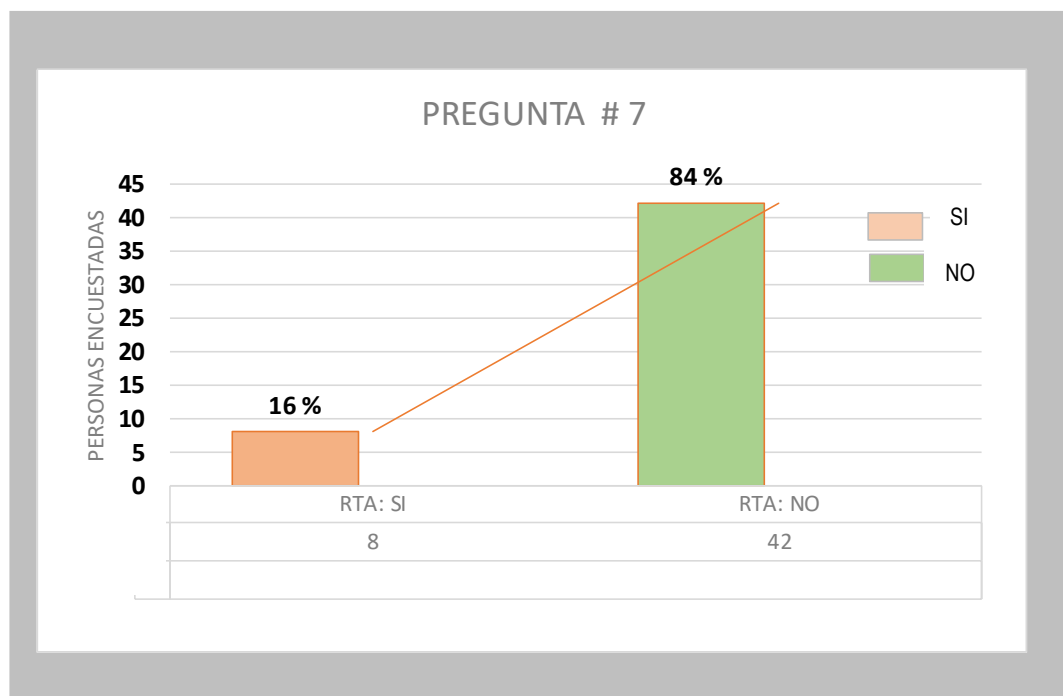
Con opción de respuesta

SI \_\_\_\_\_

NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, el 90 % respondió que SI el 10 % NO que debe aclararse la ley al respecto no es clara; asignan la custodia monoparental y la compartida no está, eso significa que hay conocimiento del tema y necesita una transformación.

**Pregunta No. 7** ¿Cuál ha sido el trámite que conoce para asistir la custodia?



Elaboración: propia

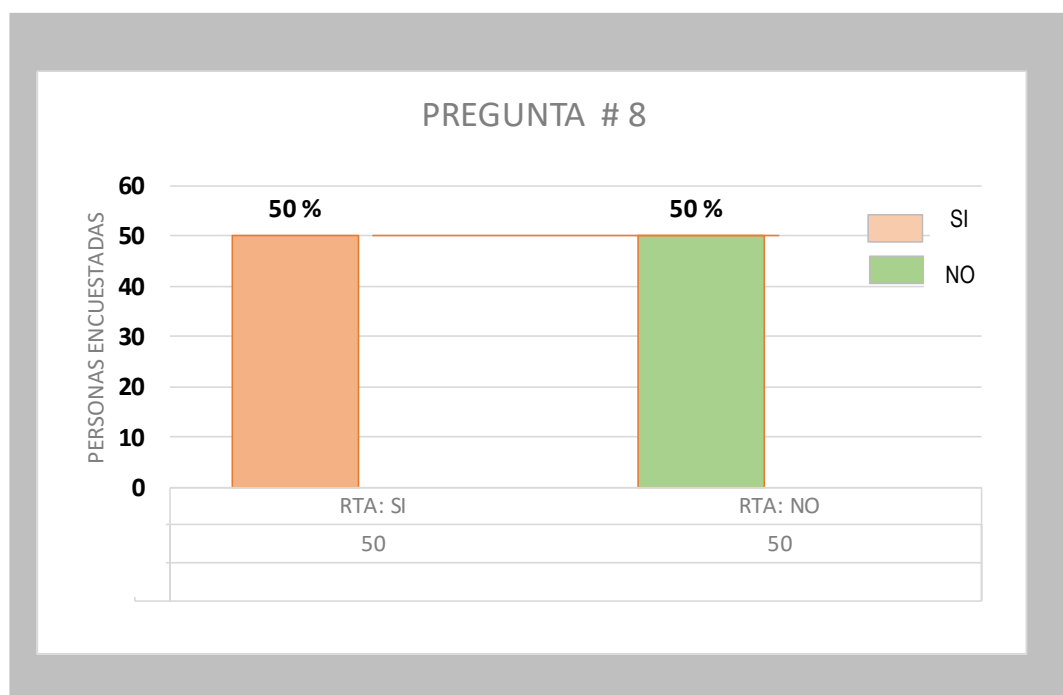
Con opción de respuesta

SI \_\_\_\_\_

NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, el 16 % respondió SI y el 84 % NO como proceso judicial nunca están de acuerdo la parentela y del trámite surgido fue sea presentado la conciliación que debía aclararse de forma rápida con la ley, eso significa que hay procedimientos al tema.

**Pregunta No. 8** ¿Cree que la custodia es beneficiosa para los menores?



Elaboración: propia

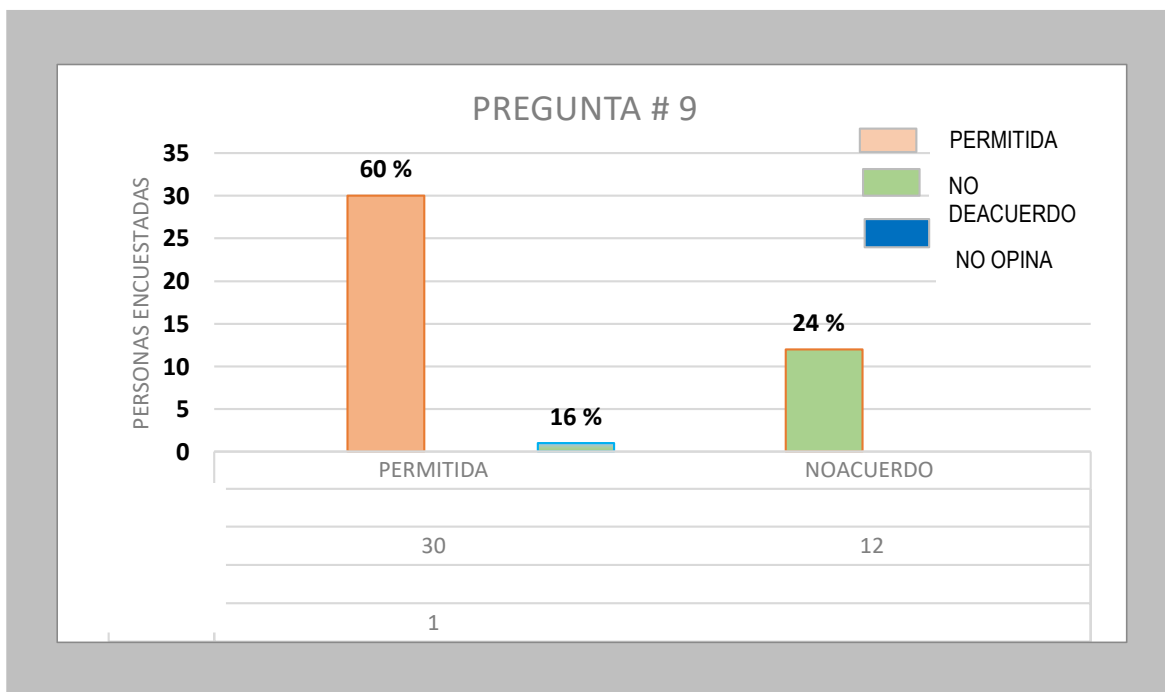
Con opción de respuesta

SI \_\_\_\_\_

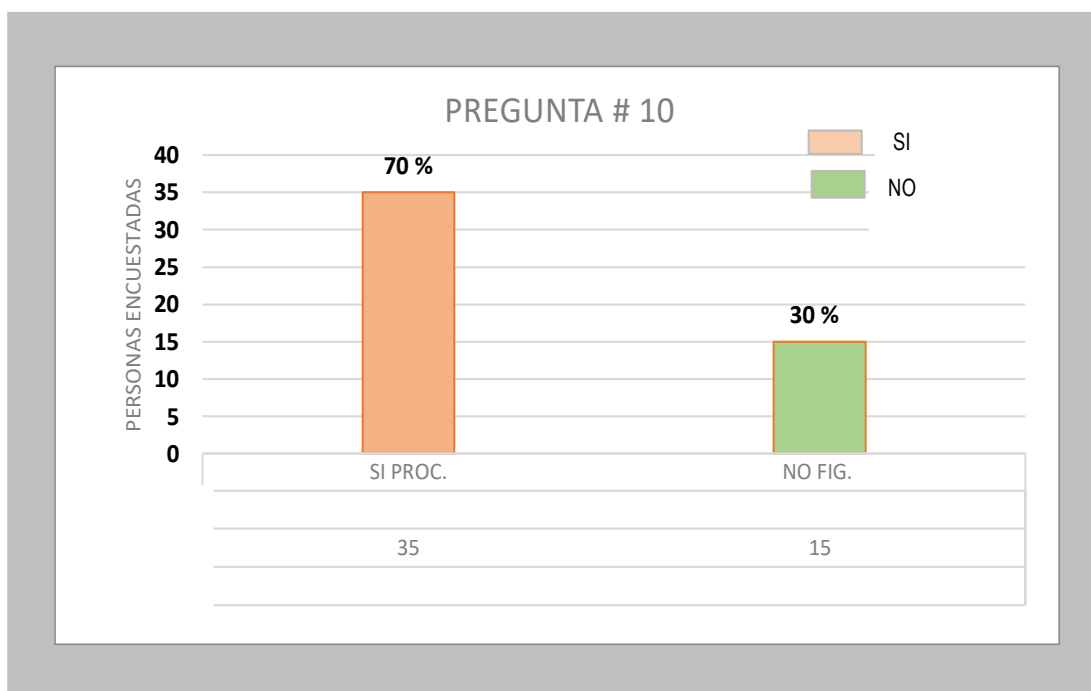
NO \_\_\_\_\_

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, el 50 % respondió que es un absurdo el aplicar la custodia monoparental pues las mujeres salen ganando y de acuerdo con el otro 50 % en una separación de pareja no se encuentra otra salida para recibir ayuda económica y afectiva que surge del trámite de la custodia para el cuidado del menor,

**Pregunta No. 9** ¿Qué opina de la custodia compartida en parejas del mismo sexo que son padres?



De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, el 16% no respondió, no opino al tema el 60 % dice que hoy en día por la diversidad es permitida y el 24 % restante no está de acuerdo no hay criterio de conformación de familia heterosexual mucho menos del mismo sexo que no piensan en el menor si no en la estabilidad y sostenibilidad económica que se ha dejado atrás valores y significado de amor filial.

**Pregunta No. 10** ¿Usted como profesional ha tenido problemas con el tema de Custodia?

De las 50 personas a las que se le aplicó la encuesta, el 70 % respondió que por su actividad profesional de llevar procesos judiciales Si, no todas las veces están de acuerdo con el tiempo que demora el proceso y la asignación que hay que esperar de la parentela y el 30 % que el trámite surgido rápido es la conciliación que debía ser de forma taxativa separación de una vez quedara estipulado así no hay forma de escaparse a la ley, eso significa que hay inconformismo si hay problemas procedimiento y psicoafectivos.



### Anexo No. 3. Mapa ubicación Menquetaba



**Fuente:** Google map disponible en: <https://www.google.com.co/search?>

**A**

#### Juzgado Edificio Nemquetaba

Palacio de justicia

Cl. 14 #7-36 · (1) 3413604

**B**

#### Nemquetaba

Juzgados municipales

Cl. 13 #7

Abierto hasta 5:00 p. m.

**Ilustración 5** Cifras de todo el país de Divorcio - Separación - Matrimonios civiles

<i>Departamento</i>	<i>Matrimonios</i>	<i>Divorcios</i>	<i>Ciudad</i>	<i>Matrimonios</i>	<i>Divorcios</i>
Bogotá	11.529	5.9	Bogotá	11.529	5.
Valle	9.275	4.3	Cali	5.027	2.
Antioqu	8.465	2.9	Medellín	4.816	1.
Atlántic	4.538	1.3	Barranquilla	2.729	9
Santan	3.700	1.3	Bucaramanga	1.768	9
Risaral	2.272	1.1	Pereira	1.690	9
Cundin	3.245	1.0	Armenia	794	5
Quindío	1.172	865	Ibagué	1.181	4
Caldas	1.009	692	Manizales	676	4
Tolima	1.884	682	Pasto	558	3
Huila	1.307	608	Neiva	619	3
Nariño	1.116	507	Cartagena	1.245	3
Norte	1.625	482	Cúcuta	1.081	3
Boyacá	1.088	480	Popayán	519	2
Bolívar	1.924	426	Villavicencio	682	2
Cauca	1.516	370	Soacha	947	1
Meta	1.039	341	Valledupar	717	1
Cesar	1.633	220	Sincelejo	499	1
Sucre	1.021	193	Florencia	409	1
Córdob	1.179	192	Tunja	295	1
Casana	595	164	Santa Marta	685	1
Magdal	1.207	138	Montería	211	9
Caquet	611	130	Yopal	348	8
Putuma	331	85	Quibdó	224	3
Guajira	422	60	Mocoa	118	3
Arauca	203	57	Riohacha	222	3
Choco	357	37	San José Del	95	2
San	285	32	San Andrés	283	2
Guaviar	95	27	Arauca	32	2
Vichad	30	12	Puerto Carreño	15	9
Amazo	19	8	Leticia	19	8
Guainía	8	3	Inírida	8	3
Vaupés	9	1	Mitú	9	1
<b>Total,</b>	<b>64.709</b>	<b>24.</b>	<b>Total,</b>	<b>40.05</b>	<b>1</b>

**Fuente:** Superintendencia de Notariado y Registro, 2017 disponible en [www.supernotariado.gov.co](http://www.supernotariado.gov.co)

**Anexo No. 4** Cifras de todo el país de Disolución -Separación – Marital de Hecho

Departamento	Uniones	Disoluciones	Ciudad	Uniones	Disoluciones
Bogotá	2.038	156	Bucaramanga	286	73
Valle	1.441	125	Cali	868	52
Antioquia	918	132	Cúcuta	233	42
Cundinama	594	83	Medellín	285	34
Atlántico	570	25	Valledupar	111	28
Santander	483	116	Neiva	186	27
Tolima	458	45	Armenia	81	24
Cauca	362	18	Villavicencio	150	22
Caquetá	344	7	Huila	325	38

Norte De Santander	322	60
Boyacá	319	25
Córdoba	240	14
Caldas	230	39
Nariño	217	23
Meta	212	29
Risaralda	210	22
Cesar	191	41
Bolívar	180	10
Quindío	113	27
Putumayo	92	14
Casanare	79	23
San Andrés Y	79	10
Sucre	63	11
Magdalena	56	10
Guajira	54	4
Choco	42	2
Guaviare	38	16
Arauca	32	4
Amazonas	3	1
Guainía	1	2
Vaupés	1	0
Vichada	0	1
Total, general	10.307	1.133

Ibagué	194
San José Del	38
Yopal	39
Pereira	147
Manizales	154
Popayán	210
Pasto	136
San Andrés	79
Sincelejo	31
Mocoa	29
Montería	66
Cartagena	127
Barranquilla	143
Santa Marta	25
Arauca	19
Tunja	89
Florencia	315
Inírida	1
Riohacha	34
Quibdó	30
Mitú	1
Puerto	0
Soacha	141
Total, general	6289

**Fuente:** Superintendencia de Notariado y Registro, 2017 disponible en [www.supernotariado.gov.co](http://www.supernotariado.gov.co)