



Título: Encendiendo la luz para un náufrago

Técnica: Óleo sobre tela

Dimensión: 24 x 30

***PROTECCIÓN JUDICIAL
DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN COLOMBIA****
***ESTUDIO DE CASO: LA PERSPECTIVA
DE GÉNERO EN LA CUSTODIA
Y CUIDADO PERSONAL***

* Artículo producto de investigación terminada en el Seminario de Investigación “Perspectiva de Género en el Derecho de Familia” en la Especialización de Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana..

Fecha de recepción: marzo 25 de 2011

Fecha de aprobación: mayo 27 de 2011

**PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS
Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA
ESTUDIO DE CASO: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CUSTODIA
Y CUIDADO PERSONAL**

*Lina Marcela Estrada Jaramillo***

Liliana Claros Guerra

*Diana Estela Zuluaga Castaño****

RESUMEN

La presente investigación tiene como intención analizar la realidad de los derechos de los niños, al aplicar el principio de la perspectiva de género en el estudio y análisis de un caso de custodia y cuidado personal, para efectos de lograr la efectividad y exigibilidad de sus derechos, fundamentados en la filosofía de la protección integral que los reconoce como sujetos prevalentes en el ordenamiento jurídico y que propende por la igualdad y equidad en las decisiones judiciales que se adopten frente a ellos.

Palabras Clave: protección judicial, perspectiva de género, custodia y cuidados personales.

ABSTRACT

This research, has the aim of analyze the reality of the children rights, applying the premise of gender perspective on the study and analyzes of a case of custody and personal care, for effects to obtain the become effective and enforceability of them rights, based in the philosophy of the integral protection which recognize like priority persons in the legal ordinance and that want the equality and equity in the legal decisions that are adopted for they.

Key words: legal protection, gender perspective, custody and personal care.

** Abogada Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana, Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Docente Investigadora del Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID) de la Universidad Pontificia Bolivariana. Directora del Seminario de Grado. Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co

** Estudiantes de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana e integrantes del Seminario del Grado.

PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA ESTUDIO DE CASO: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL

Introducción

Este artículo pretende abordar el principio de perspectiva de género¹ señalado en la Ley 1098 de 2006 “Código de Infancia y Adolescencia”. Para esto se estudiará un caso referente a definir y otorgar la custodia y cuidados personales de una niña en sede judicial, en aras de visibilizar la aplicación de este principio, debido a que luego de la entrada en vigencia de la ley, su aplicabilidad ha estado ausente para efectos de definir conflictos sobre los derechos de los niños.

No cabe duda de que con la expedición de la Ley 1098 de 2006, Colombia logró hacer un avance normativo significativo a favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente al reconocerlos como “sujetos de derechos”, desde su realidad y cotidianidad. En ese orden de ideas, se consagra el principio de la perspectiva de género, como un principio que busca la protección integral, es decir, que las decisiones que se adopten frente a los niños, deben estar enmarcadas desde un enfoque de derechos para su garantía y efectividad sin discriminación de ninguna índole.

De acuerdo a la Unicef – Colombia, la perspectiva de género no se puede limitar a reconocer diferencias físicas o biológicas, entre uno u otro sexo, toda vez que considerar “género” como una categoría analítica basada en diferencias sexuales (biológica) nos conduce a generar discriminación entre hombres y mujeres, y en consecuencia a crear desigualdad entre ambos. En ese orden de ideas, las autoridades públicas deben reconocer a los géneros las diferencias sociales, culturales, familiares, afectivas; su aporte en la construcción de las dinámicas propias y sociales,

1 Artículo 12. Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este Código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.

ejercer y acceder los derechos en forma distinta. En ese contexto, las autoridades deben liderar acciones de discriminación positiva a favor de uno y otro género².

Así las cosas, en el presente artículo se analizará la aplicación de este principio en un fallo judicial de custodia y cuidado personal de una niña, de acuerdo con lo señalado en el artículo 23 del Código de la Infancia y adolescencia³.

Es importante señalar que la custodia es un concepto que hace referencia al ejercicio de los roles paternos y maternos, mediante los cuales se pretende criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y rutinas de vida en los niños; es decir, procurar una protección integral, que garantice el desarrollo de un sujeto sano en los aspectos físico, mental, emocional y afectivo; por el contrario el cuidado personal de un niño, se refiere al deber de asistencia, protección y garantía de los derechos (a su integridad personal, alimentos, educación, salud etc.), es decir, a todos aquellos derechos que procuren su mínimo vital, en la procura de su desarrollo integral.

En ese orden de ideas, en el derecho de la custodia y cuidado personal de un niño, niña o adolescente va implícito en el principio denominado “responsabilidad parental” consagrado en el artículo 14 del Código de la Infancia y la adolescencia⁴, el cual establece, el ejercicio de los roles paternos y maternos en un contexto de responsabilidad solidaria y compartida, que procuren el plus de derechos a los niños, niñas y adolescentes.

Con fundamento en lo antes anotado, se pretende con el derecho de custodia y cuidado personal, que al niño, niña y adolescente, se le garantice el derecho a tener una familia, con una participación y acompañamiento permanente, continuo y presencial de los padres.

En las concepciones del ejercicio de una responsabilidad parental, solidaria y compartida, en aras de procurar la protección integral y garantía de derechos a los

2 UNICEF COLOMBIA. Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: 2010. p. 17.

3 Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes.

4 Artículo 14. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

niños, niñas y adolescentes, el derecho de custodia y cuidado personal de los hijos implica, que los padres en un plano de igualdad, y desde el ejercicio diferencial de su roles, deben ejercer su potestad parental, en equidad e igualdad.

Por lo anterior, la presente investigación fue de tipo sociojurídico y por tratarse de una investigación de este tipo, se utilizaron modelos propios del enfoque de investigación cualitativa, por su pertinencia para el logro de los objetivos propuestos por los investigadores.

En la investigación se utilizaron dos formas metodológicas, la primera de ellas consistió en una recolección bibliográfica o documental, en la que se recogió toda la información relacionada con la perspectiva de género y la influencia que ésta ha tenido en los asuntos de custodia y cuidados personales de los niños, niñas y adolescentes.

La segunda fase consistió en un trabajo de campo, en el que se utilizaron técnicas propias de las ciencias sociales, consistentes en la percepción del caso a investigar.

El método fue el estudio de caso, éste es un método que tradicionalmente ha sido empleado para estudiar un individuo o una institución en un entorno o situación único y de una forma lo más intensa y detallada posible; es un método que se le define como descriptivo, es decir, describe la situación prevaleciente en el momento de realizarse el estudio⁵. Este método permitió acercar a la realidad conceptos tan genéricos como equidad de género, perspectiva de género, interés superior de los niños, en la medida en que permite su definición y el conocimiento de los mecanismos judiciales para su defensa y protección. De esta forma, el estudio de caso funciona como referente ineludible o escenario para la ratificación de los derechos particulares.

Así las cosas, el partir del análisis de este caso para la investigación permitió identificar la percepción que tienen los jueces y los funcionarios administrativos sobre la perspectiva de género y su aplicación en uno de los asuntos de familia: la custodia y cuidados personales de los hijos.

El artículo se desarrolla en dos capítulos a saber: en el primero se describe el caso; en el segundo se realiza un análisis desde la categoría “perspectiva de género” frente al proceso judicial y por último se proponen unas recomendaciones y conclusiones.

5 Disponible en internet: http://www.usn.edu.mx/artman/publish/article_16.shmymml. Consultado el 13 de marzo de 2011.

1. Descripción del caso

1.1. Hechos

Ante un Juzgado de Familia se promovió demanda de custodia y cuidado personal a favor de la niña S.V.R.C⁶ fundamentada en los siguientes hechos:

Los señores K.J.C (madre de la menor, demandante) y J.A.R.F (padre la menor, demandado) son los padres de la niña S.V.R.C, nacida el 2 de noviembre de 2004. La convivencia, entre los padres se caracterizó por una constante conflictividad, especialmente, en lo referente a que el padre tenía tendencias a consumir sustancias psicoactivas e invertía gran dinero en esto.

La señora K.J.C adujo en los hechos de la demanda, que el 5 de junio de 2006 acudió en compañía de la señora A.C.F.B (abuela paterna) ante el ICBF Centro Zonal del barrio, allí acordaron, darle a la abuela paterna la custodia y cuidado personal de la niña S.V.R.C. Posteriormente el 23 de junio de 2006 se suscribió una nueva acta, mediante la cual la señora K.J.C recibe nuevamente a su hija y se fija cuota alimentaria a cargo del padre.

Entre el periodo comprendido entre 2006 y 2008, la niña estuvo al cuidado de su madre, quien residió en un municipio del suroeste y en la ciudad, con el fin de adelantar estudios universitarios. Durante ese periodo, se presentaron hechos constitutivos de violencia intrafamiliar del padre hacia la madre; constantemente era asediada por éste y por la señora A.C.F.B (abuela paterna) con el fin de obtener nuevamente la custodia y el cuidado personal de la niña.

El 27 de mayo de 2008 la señora A.C.F.B y J.A.R.F (abuela paterna y padre) acuden a la Comisaría de Familia sede del domicilio de la niña, y obtienen que la funcionaria les asigne la custodia y el cuidado personal al padre, por abandono de la madre. Frente a esta actuación la señora K.J.C presenta demanda, porque tanto el padre de la niña como su abuela, sabían donde se localizaba, y en ningún momento la notificaron o citaron para que compareciera a dicha diligencia.

La señora K.J.C señala que durante el tiempo que la niña estuvo al cuidado de su abuela paterna, siempre estuvo pendiente de todas las necesidades de su hija, es decir, nunca incurrió en abandono. Que fue víctima de engaños y artimañas, atri-

6 Los nombres han sido cambiados con el fin de proteger la identidad de las personas involucradas en el proceso.

buidas al padre y a su abuela paterna para despojarla de la custodia y de su cuidado personal de la niña.

La pretensión de la demanda consistió en el otorgamiento de manera definitiva a la madre de la custodia y el cuidado personal de la niña S.V.R.C

1.2. Actuación procesal en sede de judicial de familia

El señor J.A.R.F contestó la demanda desmintiendo cada una de las afirmaciones lanzadas en su contra, la cuales consistieron en engaño, maltrato, agresiones y consumo de drogas; indicó que apoyó a la señora durante su embarazo, y su madre sufragó gastos de educación de la señora. K.J.C (madre de la niña).

Que fue la señora K.J.C, quien incurrió en conductas de abandono y negligencia en el cuidado de la niña; que tenía un romance con un compañero de estudio, y que por eso lo abandonó, por lo tanto tuvo que acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que se le otorgara la custodia y el cuidado personal de su hija.

Solicitó en las excepciones, la defensa del interés superior de la niña, unidad familiar, falta de legitimación por activa, temeridad y mala fe, abuso del derecho y falta de solvencia moral.

Surtida la etapa de saneamiento y fijación del litigio se decretaron varios testimonios, mediante los cuales se probó que la madre ejerció debidamente su rol de madre, que la niña bajo su custodia y cuidado tenía garantizados todos sus derechos, entre ellos, el de su relación materno filial. Su apoderada alegó que debía otorgársele la custodia con fundamento en la identidad de género de *madre e hija*.

El estudio sociofamiliar realizado mediante visita domiciliaria estableció que en la comunidad familiar del padre, en la que se encontraba la niña, no le generaba ningún riesgo y tenía garantizados plenamente sus derechos. De la visita domiciliaria realizada a la residencia de la madre, también se concluyó que era un ambiente sano y no generaba riesgos para la niña.

Se realizó prueba de tamizaje⁷ a cada uno de los padres, con el fin de establecer la tendencia al consumo de psicoactivos, dando como resultado positiva al padre y negativa a la madre.

En la etapa de alegaciones la apoderada del demandado, invocó la rehabilitación de éste frente al consumo de drogas; que la madre tenía como prioridad su formación

7 La OMS señala que estas pruebas sirven para identificar en los individuos si tienen alguna patología que requiera una intervención.

académica, y debido a ello no podía asumir la custodia y el cuidado personal que exigía la niña; que los testimonios daban cuenta del buen desempeño en el rol de padre del señor J.A.R.F, de sus facultades y disponibilidad para ejercer debidamente la custodia y el cuidado personal de su pequeña hija.

El Juez de Familia mediante sentencia, hace un análisis de la institución de la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas, y adolescentes; sobre los deberes y derechos de la familia ya que es el núcleo humano que acoge al niño desde que nace, le brinda cuidados y protección, le estructura poco a poco su personalidad y le ofrece permanente e integral amparo a sus derechos.

De otro lado enuncia el dicho relevante de cada uno de los testigos citados por las partes y concluye:

El horizonte probatorio que acaba de hacer mérito, no deja espacios a duda para predicar que definitivamente la falta de una adecuada dialéctica familiar, sostenida entre los padres de la niña S.V.R.C, durante su convivencia incidieron determinadamente en el manejo y desarrollo de las relaciones filiales de la actora con su hija.

(...)

Los lazos indisolubles de las partes frente a su pequeña hija en común, se vieron seriamente afectados a consecuencia del comportamiento irresponsable asumido por aquellos. Ilustración de ello, lo es el prolifero memorial de agravios censuras e interminables reproches que recíprocamente se lanzan, que van desde el consumo de alucinógenos, incumplimiento de aportes económicos, maltrato verbal y físico, descuido en el deber de cuidado y atención personal en la asistencia material de su hija

Dentro del debate probatorio si bien las partes ofrecen evidencia sobre las causas que dieron lugar a la disgregación del hogar y la suspensión de la vida en común, tal asunto no puede convertirse en una cortina de humo, para incursionar en el esencial sentido de la pretensión, que es indudablemente: la custodia y el cuidado personal sobre la niña.

Se señala en la sentencia que la decisión no se fundamentó en los hechos que dieron lugar a la separación, ni en la incidencia que cada una de las partes tuvo en ellos. En consecuencia se centró en los aspectos que dieron lugar a otorgar custodia entre los padres así:

- Con respecto a la violación de derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la parte actora, atribuidos a la Comisaría de Familia, dependencia que otorgó al padre la custodia y cuidado personal de la niña, señaló que era un asunto que debía dilucidarse ante dicha entidad, no en sede judicial.

- Que era evidente que la niña desde los dos primeros años de vida, había compartido la unidad de domicilio en mayor espacio de tiempo con su padre y la abuela paterna, interregno dentro del cual la progenitora adelantó estudios y trabajaba.
- Que no se logró certeza absoluta, sobre el cumplimiento o no de las obligaciones materiales y afectivas, a cargo de los progenitores hacia su hija, durante el tiempo en que convivió con cada uno.
- Que la prueba testimonial de cada una de las partes, daban cuenta que cada progenitor, había ejercido debidamente su rol paterno y materno filial. No obstante el Juez, señaló que “si bien ello fue así, definitivamente lo que más exhibe relevante importancia, es garantizar la ventura actual y futuro de la niña, quien siempre ha estado bajo el cuidado de su padre, excepto por el relativo corto periodo de tiempo en que la madre la tuvo bajo su cuidado”.

Se demostró en el proceso, según lo dice el Juez en su sentencia, que ambos progenitores lograron convencer, sobre la (...) *“solvencia, idoneidad, legitimidad y probidad mental, moral y afectiva para ejecutar a cabalidad dichos cuidados”* (...)

No obstante lo anterior, el Juez señaló que si bien la madre tenía suficientes bases de merecimiento para ostentar la custodia y el cuidado personal de su hija, (...) *“tal aspiración debe ceder ante las circunstancias en las que actualmente se encuentra su hija, las que hacen lectura de condiciones de favorabilidad desde cuando el padre asumió sus cuidados personales por la Comisaría de Familia”*.

Igualmente mencionó que el estudio socio familiar practicado a la comunidad familiar del padre, cumplía a cabalidad con la garantía de derechos para la niña, que no existían riesgos y que el padre cumplía con el sostenimiento y manutención de la niña, es decir, que ese medio familiar había posibilitado una formación integral de la niña; y que de la visita a la madre se sugirió que tenía también proyectadas las mejores condiciones para la niña y que contaba con una red de apoyo familiar.

Decidió entonces el Juez de familia declarar probada la defensa perentoria del interés superior de la niña, y no probadas las excepciones falta de legitimación por activa de solvencia moral, temeridad y mala fe de la demandante.

En la parte resolutive de la sentencia dispone que en cabeza del señor J.A.R.F (padre) continuarían radicados los cuidados personales unidad de domicilio tenencia personal o física de su hija.

Este proceso fue objeto de acción de tutela⁸ por parte de la señora K.J.C de la sentencia del Juez de Familia; acción que fue resuelta por el Tribunal Superior Sala de Familia.

Los argumentos de la acción de tutela, se fundamentaron en que el demandado contestó extemporáneamente la demanda, y que no obstante esta situación el Juez de Familia decretó todas las pruebas solicitadas, pero no dio traslado de las excepciones propuestas a la parte actora, en aras de ejercer el derecho de defensa y contradicción; que no se valoraron debidamente las pruebas de tamizaje practicada a ambas partes, ni se valoró otras pruebas referidas a la conducta de la parte actora; que las pruebas obrantes en el proceso no demostraron el dicho del demandado; y que no obstante haberse agotado la etapa de alegaciones se practicaron otras pruebas, sin que se corriera debidamente otro término para alegar, sobre dichas pruebas.

En consecuencia se solicitó que se dejará sin efecto la sentencia proferida por el Juez de Familia, por ser constitutiva de una vía de hecho.

El Tribunal Superior Sala de Familia señaló en la sentencia de tutela que se evidenció un defecto fáctico, por defectuosa valoración del material probatorio y del interés superior del niño, como postulado constitucional y criterio para evaluar este caso⁹.

El Tribunal cita las siguientes normas de la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, artículos 8¹⁰, 9¹¹, 10¹² y 11¹³ y los principios 6¹⁴ y 7¹⁵ de la misma ley. Con el anterior marco normativo internacional, el Tribunal hace énfasis en la perentoriedad de estas normas en el sentido de que establecen el concepto de la protección especial del niño y en consecuencia, admitir que la familia es el grupo fundamental de la sociedad donde se brinda bienestar a sus miembros, particularmente a los niños y que por esto los estados partes se comprometen a respetarle sus derechos y a velar y a hacer cumplir la Declaración de los Derechos de los Niños, proclamada por la Asamblea General

8 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

9 Sentencia T-538 de 1994, T-086 de 2007, T 239 de 1996, T 576 de 1993, T 442 de 1994.

10 Derecho a la identidad.

11 Derecho a no ser separado de sus padres

12 Derecho a salir a cualquier país

13 Derecho frente a los traslados ilícitos de niños al extranjero

14 Derecho a la vida

15 Derecho a su inscripción después del nacimiento

de la ONU, el 20 de noviembre de 1959, donde se dispuso que el niño requiere amor y comprensión para el pleno desarrollo de su personalidad, debiendo crecer, en lo posible, bajo el amparo de sus padres y en un ambiente de afecto y seguridad moral, salvo circunstancias excepcionales.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal señala que el Juez de Familia, desconoció el carácter perentorio de las normas antes señaladas, es decir, no las tuvo en cuenta como fundamento normativo para resolver el conflicto sometido a su resolución; teniendo en cuenta además que se debían valorar en este tipo de derechos, factores de riesgo o de peligro para efectos de asignación de custodia o cuidados personales de un niño a uno de sus padres.

Respecto de lo antes destacado señaló que la Corte Constitucionales ha referido a la institución de la custodia y el cuidado personal así:

*La custodia y el cuidado del menor deben contar con una base suficiente de legitimación o merecimiento; en tal virtud, es obvio que para otorgar la custodia y el cuidado del menor, debe valorarse objetivamente la respectiva situación para confiar aquéllas a quien esté en condiciones de proporcionar las seguridades que son ajenas al goce pleno y efectivo de sus derechos (...) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado*¹⁶

Se señala que el Juez no examinó debidamente los alcances de la custodia provisional asignada por la Comisaría de Familia al padre de la niña y la forma o los medios de que se valió para obtenerla y verificar la realidad de los hechos que para ese momento fueron alegados, pues se adujo abandono de la madre, dejando de lado los esfuerzos y acciones legales propuestos por la madre, en aras de lograr restablecer la custodia y cuidado personal de su hija.

De otro lado se alude que no se expusieron las razones por las cuales no se le podía otorgar la custodia y cuidado personal a la madre.

También que el Juez omitió analizar si la madre en razón de sus circunstancias personales era la más idónea para hacerse cargo de la niña "...teniendo en cuenta fundamentalmente que la edad de la misma juega un papel determinante en estos casos."

En consecuencia, se evidenció que la sentencia atacada por vía de hecho, era violatoria del debido proceso, y que por ende debía dejarse sin efecto y en cumplimiento

16 Sentencia T 442 de 1994 M.P Antonio Barrera Carbonel.

del principio del interés superior de la niña y el derecho al debido proceso, el Juez de Familia debía rehacer la actuación dentro del marco de la normativa citada, profiriendo sentencia en un término de 48 horas.

En cumplimiento de la decisión del Tribunal Superior Sala de Familia, el Juez de Familia profiere nuevamente sentencia.

En el fallo proferido en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal Sala de Familia, el Juez hace una relación detallada de cada una de las pruebas aportadas al proceso, analizando circunstancias modales de tiempo, modo y lugar como ocurrieron cada una de las actuaciones, en que se otorgó custodia y cuidado personal de la niña, entre los padres y a la abuela paterna. En esta instancia el Juez, le imprime valor probatorio a la conducta que desplegó la madre calificándola de loable y de desmesurado esfuerzo, con el fin de restablecer y conservar la custodia y el cuidado personal de su hija; descalifica el proceder del padre y de la abuela paterna, quienes ante la Comisaría de Familia adujeron abandono de la madre sobre su hija, a espaldas de la demandada; conducta violatoria de derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa de la señora K.J.C (madre)

El Juez de Familia en su sentencia, cita párrafos sobre la concepción del principio del interés superior del niño extractado del libro “La custodia y cuidados personales de los hijos. El derecho de acceso a los hijos. Una visión en el derecho internacional” de la tratadista Matilde Lemos San Martín, quien encuadra dicho principio en una conceptualización de protección especial que requieren los niños y el carácter prevalente de sus derechos.

Igualmente, la judicatura de familia cita el contenido de la sentencia T-408 de 1995 proferida por la Corte Constitucional; en la aludida sentencia se establecen unos parámetros de análisis, a tener en cuenta en una decisión, como la que se viene analizando: garantía del desarrollo integral del menor, garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, equilibrio con el derecho de los padres, provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor y la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del estado en las relaciones paterno-materno-filiales.

Con fundamento, en lo antes citado en la sentencia aparece probado, con certeza, lo siguiente,

- Que el rol paterno ejercido ante su hija por el señor J.A.R.F, estuvo ajustado al principio de la protección integral, en el sentido de haber posibilitado un desarrollo físico, emocional, afectivo y social en condiciones sanas.

- Que la señora K.J.C fue despojada de la custodia y cuidado personal de su hija, mediante una actuación administrativa que violentó sus derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa, constituyendo un flagrante atentado a los principios del Interés Superior de la niña, la prevalencia de sus derechos y de la protección integral, calificando la actuación administrativa como, arbitraria y desconocedora de todo el marco jurídico de derechos de los niños.
- Que en el plenario se probó que la madre ejerció debidamente su rol materno, durante el ciclo vital de la niña, que en esa época tenía; pero con la actuación del padre y su parentela, se desconoció ese rol y el referente materno, en forma inequitativa y discriminatoria.

De otro lado, se hace referencia que por la condición de *género femenino*, las circunstancias modales, que originaron el alejamiento de la niña de su madre, se debía restablecer la custodia y cuidado personal a la madre, con fundamento en el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Constitucional, teniendo en cuenta las características, o situaciones de sexo, género, edad, ciclo vital en el que se encontraba la niña. Además que para el restablecimiento de la custodia y el cuidado personal a cargo de la madre, se debía agotar un proceso de acercamiento y sensibilización, solicitando apoyo al ICBF.

En ese orden de ideas, el Juez de Familia señala (...) *“que la tenencia de la niña, mirada desde la perspectiva de género, permitirá a ambos padres la oportunidad en cada contexto de desplegar el rol que le corresponda, ya la madre con la tenencia de la hija, ya el padre en el ejercicio de derecho de visitas y ambos ejerciendo la responsabilidad parental que les corresponda para con ésta”*.

De otro lado, para puntualizar el retorno de la custodia y cuidado personal de la niña a su madre, se hace referencia al ciclo vital de la niña, en el sentido de requerir unos cuidados maternos directos, dentro del contexto de nuestra realidad social familiar y perspectiva de género, siendo razonable y lógico la preferencia de la custodia y cuidado personal de la niña a su madre, teniendo en cuenta que no se vislumbra ningún tipo de riesgo para la protección integral de la niña.

Falla entonces el Juez en el sentido de acceder a las pretensiones de la madre, confiréndole la custodia y el cuidado personal de la niña. Advirtió que el padre tenía el derecho de visitas, con derecho a pernotar en la residencia del padre. Concedió el término de 8 días contados a partir de la emisión del fallo, para que hiciera entrega de la niña a su madre. Solicitó el apoyo del ICBF para que por su conducto se verificará el cumplimiento de la decisión.

2. Alcance de la decisión judicial a la luz del principio de la perspectiva de género

Queda evidenciado en el caso seleccionado, que la aplicación del principio de la *perspectiva de género* consagrado en el artículo 12 de la Ley 1098 de 2006 no fue debidamente analizado por el Juez de Familia frente a su alcance, para efectos de dirimir el conflicto sobre la custodia y el cuidado personal de la niña.

Solo por vía de tutela, se detectó que la decisión adoptada por el Juez, constituía una vía de hecho por la presencia de un defecto fáctico el cual ocurre “*cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el Juez, para aplicar una determinada norma, es absolutamente inadecuado*”¹⁷

En ese contexto, el Juez hace nuevamente un análisis del material probatorio, enmarcado en el principio del interés superior de la niña consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Y con fundamento en el principio de igualdad, señalado en el artículo 13 de la Carta Política, ordena restablecer a la madre, la custodia y el cuidado personal sobre su hija, toda vez que se le violentaron sus derechos fundamentales del debido proceso, defensa y contradicción, con la actuación que desplegó el padre y su madre (abuela paterna) ante la Comisaría de Familia, dependencia que adoptó la decisión de otorgar custodia y cuidado personal al padre, solución que fue discriminatoria e inequitativa para los derechos de la niña y su madre.

En vista de que el Juez parte del principio de igualdad, resulta procedente traer a nuestro análisis la Resolución 210 de 24 de mayo de 2010 mediante la cual la Procuraduría General de la Nación, adopta la Política de Igualdad y no discriminación, donde se establece el marco normativo expresado en la legislación nacional e internacional, fundamento para la consagración del principio de la perspectiva género; igualdad que está configurada jurídicamente en la Constitución Política que reconoce el principio-derecho de la igualdad que se traduce en (1) que «*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica*»; (2) que el Estado debe «*promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados*»; y (3) que «*el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren*

17 Tomado de la Sentencia del Tribunal Superior Sala de Familia del caso bajo análisis.

en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (artículo 13 Constitución Política)¹⁸.

Siguiendo con el análisis del caso, el Tribunal Superior Sala de Familia, indica que el Juez no analizó si la madre, en sus circunstancias personales, era la persona idónea para ostentar la custodia y el cuidado personal de la niña, teniendo en cuenta que la edad de la niña, juega un papel determinante en estos casos.

De lo antes anotado se vislumbra que tímida e implícitamente, se menciona la necesidad de aplicar, la *perspectiva de género*, como una categoría analítica, que permite dilucidar el conflicto de la litis, en el disfrute de derechos constitucionales fundamentales, señalado anteriormente desde la igualdad real y efectiva.

En ese orden de ideas el Juez accionado, en sentencia proferida en sede de tutela le imprimió un enfoque de derechos, fundamentado en los principios consagrados en la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁹.

Si bien en la sentencia del Juez de Familia se mencionan el sexo, el ciclo vital de la niña, como aspectos determinantes para otorgar la custodia y el cuidado personal a la madre, se advierte que dichos conceptos no fueron debidamente analizados en su contexto y alcance, como perspectiva de género, para efectos del reconocimiento de la diferencia, en lo biológico y psicológico y el impacto en el ejercicio de los roles de la paternidad y la maternidad.

En consecuencia, se avizora que el principio de la perspectiva de género, no alcanza su dimensión, en el sentido de reconocer desde la diferencia social, biológica, psicológica, una categoría analítica que contribuya a restablecer una equidad e igualdad en las relaciones de familia, que en el caso que nos ocupa, estaba totalmente resquebrajada, por el fenómeno de la violencia intrafamiliar e injerencias de

18 La Constitución Política reconoce específicamente que «*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación*» (artículo 43 Constitución Política). En el ámbito internacional, son múltiples los tratados internacionales de derechos humanos que reconocen el principio-derecho de igualdad y no discriminación, los cuales, de conformidad con el artículo 93 constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad. Entre esos tratados pueden mencionarse, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ley 248 de 1995) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 51 de 1981) Convención Internacional de los Derechos del Niño (ley 12 de 1991).

19 Protección Integral (artículo 7) del Interés Superior de los Niños, Las Niñas y Los adolescentes (artículo 8), Prevalencia de los Derechos (artículo 9), Corresponsabilidad (artículo 10), Exigibilidad de los Derechos (artículo 11), Perspectiva de Género (artículo 12).

familia extensa (abuela paterna), manifestada en un desequilibrio de las relaciones de poder al interior de la familia.

La decisión se circunscribe a dimensionar la perspectiva de género, en el derecho de custodia y el cuidado personal de la niña, al ejercicio de los roles paterno y materno filiales en lo que corresponda, a cada uno, desde la tenencia directa y personal a cargo de la madre, y desde el derecho de visitas del padre.

De lo anterior se colige, que pareciera que la perspectiva de género, estuviera implícita, en la responsabilidad parental, cuando lo que va implícito en ella, es el derecho a la custodia y el cuidado personal, consistente en procurar al niño, niña o adolescente un marco normativo de comportamiento, pautas de crianza, hábitos, rutinas, vigilancia, asistencia, protección etc, en forma solidaria, compartida e igual por los padres; con el fin de garantizar una protección integral en las dimensiones afectivas, emocionales, salud mental y física.

En ese orden de ideas, en el caso que nos ocupa, la pretensión de la demanda prosperó principalmente en el reconocimiento de que la custodia se debía restablecer a su madre, en vista que fue despojada en forma arbitraria, en una actuación administrativa, que le vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción.

Si bien en la segunda sentencia el Juez de Familia se pretendió materializar el principio de la perspectiva de género, este no alcanzó su dimensión, en el sentido de reconocer los derechos de la niña, a tener una familia, una custodia y cuidado personal, desde la diferencia de los roles paternos y maternos para la garantía y protección integral de sus derechos y la necesidad de que esos roles se ejerzan en un plano de equidad e igualdad, que procure un desarrollo físico y emocional integral como sujeto de derechos.

Importante para concluir lo mencionado por la Doctora Silvia Walter Villareal²⁰, abogada, exdefensora de familia, y actualmente Procuradora Judicial de Familia, sobre el alcance del principio de la perspectiva de género, en las instancias administrativas llevadas a cabo en Comisarías de Familia y Defensorías de Familia:

*En aquellos eventos en que el niño o niña se encuentre en situación de riesgo o de peligro, es la circunstancia de la cual necesariamente se debe partir para asignar la custodia y cuidado personal a quien realmente puede brindar la protección que merece, incluso llegarle a entregar su cuidado a un tercero*²¹.

20 La entrevista realizado el 2 de marzo de 2011 a las 2:00 p.m., en la Sede Administrativa La Alpujarra (Medellín).

21 Sentencia T 442 de 1994 M.P Antonio Barrera Carbonel.

Antes del año de 1991 no existía el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del país, ni mucho menos el reconocimiento de las diferencias sociales biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas, según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social, no se veían posibilidades de que llegara a legislarse en Colombia sobre el pluralismo jurídico y mucho menos que se llegara a reivindicar el derecho de los diversos grupos socioculturales, frente al control y sanción social.

En la Carta Política de 1991 se estableció como Principio Fundamental el contemplado en los artículos 1 y 2, elevando a la categoría constitucional los Derechos de los ciudadanos, sin importar la raza, edad, sexo, en un marco de igualdad y equidad, imponiendo para lograr este imperativo obligaciones a la familia, la sociedad y al Estado para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y les previene a todos ellos atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de situaciones que atenten contra el derecho a la vida, la calidad de vida, además de reconocer un catálogo de derechos inherentes a la dignidad humana.

Para el ejercicio de los derechos y las libertades cuentan con un bloque de normas que buscan la igualdad de derechos y oportunidades, convirtiéndose en un imperativo social que las mujeres y los hombres de acuerdo a su ciclo vital cuenten con las mejores condiciones para lograr los mejores índices de desarrollo humano.

Pese a los avances normativos, específicamente con una ley como la 1098 de 2006, no se ha logrado introyectar, ni empoderar por parte de las autoridades administrativas, el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social.

Por ende la perspectiva de género como tal no se aplica realmente en el accionar de la gran mayoría de comisarios y defensores de familia ni en los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad de género, se observa ello, en la pobreza de algunas decisiones y las medidas de restablecimiento de derechos que se adoptan, puesto que en los casos de cualquier tipo de violencia, se sigue valorando el fenómeno, no al sujeto inmerso en ella, sobre todo en el tema de las niñas y los adolescentes, hasta el punto que en las decisiones no se hace énfasis en el significado de la violencia en la mujer; como niña o adolescente, ni tampoco en el hombre, niño o adolescente, son visiones planas.

No se adoptan en las intervenciones, ni se dota de herramientas para empoderar a las niñas y los adolescentes para superar las huellas de la violencia y que puedan construir una nueva subjetividad (equilibrio) e identidad como mujeres en su ciclo de vida.

No se visibiliza la inclusión de agendas ciudadanas en los procesos de atención, es decir, en las instituciones que intervienen con las niñas y los niños se han quedado en los esquemas objetivistas, quedando reducido a la facultad del adulto en la toma de las decisiones de qué es lo que le “conviene” y no

enmarcada en las necesidades e intereses de género, dando lugar tal ausencia a que no se formen nuevos esquemas soportados en la cultura de igualdad”

La anterior reflexión, nos indica que en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos, a cargo de Comisarios y Defensores de Familia, no se ha logrado materializar el principio de la perspectiva de género en sus decisiones, toda vez que a los niños, niñas y adolescentes inmersos en esos procesos, se les concibe como sujetos de derechos desde la norma, mas no desde su realidad y cotidianidad, lo que lleva a analizar el fenómeno que ha generado el proceso, más no la afectación en sus dimensiones psicológicas, sexológicas, culturales y sociales que esas vulneraciones de sus derechos les generan.

Las intervenciones desde lo sicosocial, se limitan a identificar la problemática, mas no se ocupa de crear y fortalecer mecanismos de autoprotección y empoderamiento en la exigibilidad de sus derechos.

Si bien las medidas de restablecimiento de derechos que adoptan las autoridades, van encaminadas a garantizar protección y asistencia, ante la evidencia de vulneración, inobservancia o riesgo de derechos, las mismas no se enmarcan, ni fundamentan en el principio de la perspectiva de género, si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos se ordenan desconociendo el derecho al reconocimiento de la diferencia en aspectos sociales, biológicos y psicológicos en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social, generando que los niños, niñas y adolescentes no respondan positivamente a los procesos de intervención sicosocial y terapéuticos.

Conclusiones y Recomendaciones

- Aún persiste la conceptualización de “Género” basada en diferencias sexuales (biológicas) lo que conlleva a valoraciones desiguales y discriminatorias a las mujeres por lo que se debe aclarar la diferencia entre sexo y género. Toda vez que la perspectiva de género no se puede reducir al reconocimiento de diferencias físicas o biológicas entre uno y otro sexo.
- En el análisis del caso, erradamente se concibe la perspectiva de género para la madre desde la custodia, y para el padre desde el derecho de visitas, es decir, se desconoce su categoría analítica, para reconocer desde la diferencia de los roles paterno y materno la necesidad del derecho de la niña a garantizarle el derecho a tener una familia, y un derecho de custodia y cuidado personal enmarcada en la equidad e igualdad.

- Los conceptos psicosociales practicados en el proceso, concluyeron que tanto el padre como la madre son garantizadores de derechos; sin embargo no analizaron desde la perspectiva de género la preferencia de la madre para otorgarle custodia y cuidado personal, teniendo en cuenta el ciclo vital de primera infancia y el sexo de la niña, en aras de que dicha preferencia, no desconociera desde la diferencia padre - madre la necesidad de un ejercicio de roles para la formación integral de la niña.
- Aún subyace la falta de conciencia de los problemas relacionados con el género, identificándose como una falencia para la materialización del *principio de la perspectiva de género* señalado en la Ley 1098 de 2006, en decisiones judiciales y administrativas.
- El reconocimiento a la igualdad y la formulación de acciones positivas de no discriminación, deben ser efectivas, por su consagración legal, constitucional, tratados, convecciones internacionales; en esa medida evitar la utilización del mecanismo rogado, para el ejercicio y reconocimiento de los mismos.
- Se hace necesario capacitar sobre el tema a las autoridades judiciales y administrativas, con el fin que el principio de la perspectiva género, sea debidamente contextualizado, en las decisiones que resuelven conflictos sobre los derechos de los niños, en el sentido de que desde el reconocimiento de la diferencia a todos los sujetos inmersos en las problemáticas, se les restablezcan los derechos vulnerados, amenazados o en riesgo con fundamento en la protección integral, concepto en el que se estructura la Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.
- Es necesario que el principio de la perspectiva de género, sea dimensionado como un elemento de identidad social, es decir que se conciba como una herramienta conceptual para explicar el carácter de la relación asimétrica entre hombres y mujeres para equilibrar las relaciones familiares.
- Es importante tener en cuenta el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, como principio orientativo para resolver conflictos que involucren a la niñez y a la adolescencia, ya que por su contenido real y relacional, exige que a los niños y adolescentes, se les valore y evalúe integralmente, en su cotidianidad y realidad.
- Se hace necesario aplicar el principio de la perspectiva de género, en cualquier análisis jurídico, enmarcándolo en el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, a la hora de resolver conflictos en los que estén inmersos estos, para efectos de lograr decisiones en equidad e igualdad, para los padres y de reconocimiento de la prevalencia y enfoque de derechos que se deben tener en cuenta.

Bibliografía

- AGUILAR CUENCA, José Manuel. De compartir la custodia a la custodia compartida. Barcelona.2009.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia de 1991.
- CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1098 de 2006 del 8 de noviembre de 2006 por el cual se expide en Código de Infancia y Adolescencia.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 442 de 1994. M.P Antonio Barrera Carbonel Estudio de Caso. Disponible en internet:
http://www.usn.edu.mx/artman/publish/article_16.shmymml. Consultado el 13 de marzo de 2011.
- MEMORIAS CUARTO CONGRESO INTERNACIONAL DERECHO DE FAMILIA. Medellín–Colombia: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.2008. CD.
- SECRETARÍA DE SALUD ALCALDÍA MAYOR SANTA FE DE BOGOTÁ.Colección derechos de los niños 6. Derecho a comprensión y amor por parte de los padres y la sociedad.1998. Bogotá.
- SECRETARÍA DE SALUD ALCALDÍA MAYOR SANTA FE DE BOGOTÁ.Colección derechos de los niños 2. Derecho a una protección especial para su desarrollo físico, mental y social, en condiciones de libertad y dignidad. 1998. Bogotá.
- SECRETARÍA DE SALUD ALCALDÍA MAYOR SANTA FE DE BOGOTÁ.Colección derechos de los niños 1. Derecho a la igualdad sin discriminación de raza, credo o nacionalidad.1998. Bogotá.
- UNICEF COLOMBIA. Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: 2010. p. 17.