

***EXPERIENCIAS Y SIGNIFICADOS DE LA CUSTODIA Y
CUIDADO PERSONAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS DENTRO
DE LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES
DE FAMILIA***

Jennifer Castillo Bolaño¹

279

¹ Abogada. Magíster en Menores en Situación de Desprotección y Conflicto Social, miembro del Grupo de Investigación Estudios de Género, Familias y Sociedad de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Docente e Investigadora en la Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia. Estudiante primer ciclo del doctorado en Administración y Políticas Públicas (Córdoba-Argentina).
jcastillo@unisimonbolivar.edu.co

INTRODUCCIÓN

El presente estudio constituye un acercamiento desde lo teórico a las experiencias y significados de la custodia y cuidado personal de los niños y niñas, partiendo del presupuesto que en materia de custodia y cuidado personal, está basado principalmente en un modelo tradicional patriarcal que sustentan las políticas de cuidado, basado en tres principios que son: la familiarización, materialización y la orientación familiarista (Ierullo, 2015), donde las funciones de cuidado son asumidas por ley por los progenitores (familias), pero recae principalmente en la práctica social y cultural en la mujer.

Para contextualizar, la discusión se abordará desde la perspectiva de género y de los derechos del niño a través de la coparentalidad como el derecho de los niños y niñas a ser cuidados por ambos progenitores, en inclusive se extiende a familiares, constituyéndose el cuidado en un derecho humano fundamental reconocido en la Convención de los Derechos del Niño.

280

Primero recorreremos los aspectos principales del derecho al cuidado que tienen los niños a nivel internacional y luego nacional, y finalmente los aspectos metodológicos que servirán de guía para la construcción del diseño de la propuesta de investigación en el marco del primer ciclo del doctorado en Administración y Políticas Públicas, en el acercamiento a las experiencias en la custodia y cuidado personal en los procesos administrativos y judiciales de familia en sociedades como la colombiana a partir de la Ley 1098/2006 que reconoce a los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos, así como los principios de corresponsabilidad, la perspectiva de género y los nuevos reconocimientos de los derechos a las familias del mismo sexo.

Una mirada al cuidado desde el marco internacional

Políticas sociales de cuidado compartido

A nivel internacional, en el aspecto jurídico tenemos en materia de cuidados la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3, numerales 2, 3, 5, 9), especialmente el artículo 18, donde se reconoce el principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de los niños, las niñas y los/las adolescentes. La directriz de la Riad, en el capítulo cuarto, referente al proceso de socialización, literal A respecto a la familia, en materia de custodia y cuidado, establece como una prioridad para el bienestar de las familias el cuidado de los niños, las niñas y, así como las personas mayores.

En materia civil encontramos en concordancia con el artículo 10, numeral 2 de la Convención de los Derechos del Niño (ONU Convención de los Derechos del Niño de 1989), los Convenios de La Haya de 1980, de 1989 (OEA Convenio Interamericano sobre Restitución Internacional de Menores, de 1989) y el de 1993, que hacen referencia a la sustracción internacional de menores, a los mecanismos de cooperación para la garantía y protección en los casos de incumplimiento de los acuerdos de visita y custodia o guarda, por parte de los progenitores o responsables legales que viven en diferentes países de los Estados Parte. Estos pactos surgen a partir de los lineamientos establecidos en la Convención de 1989, el cual implicó en materia de infancia, un cambio de paradigma en las relaciones filio-parentales.

Por otro lado, a nivel legislativo se ha visto la tendencia de regular el cuidado de las personas dependientes bajo los criterios de la igualdad y en especial cuando se relacionan con los derechos de los niños y niñas. En los últimos diez años, en América Latina se han comenzado a plasmar acuerdos como el realiza-

do en el Mercosur 2006 (citado en Grosman, 2007) de unificar el derecho en el área de familia, especialmente en el área de custodia y cuidado personal (Grosman, 2007, Feldestein, 2004); algunas de las más recientes ha sido la de Argentina (2015) y Chile (2013), sobre la coparentalidad.

A diferencia, en Colombia no se ha podido crear una ley específica a pesar de que han ocurrido tres intentos legislativos impulsados a través del activismo social de las organizaciones civiles a favor de la custodia compartida, como es el caso de la Fundación Padres por Siempre y alianzas con partidos políticos; sin embargo consideramos que con la Ley 1098/2006 que reconoce los principios de corresponsabilidad y la perspectiva de género, se deben producir transformaciones en las relaciones filio-parentales (lo privado), en el derecho y las políticas públicas (lo público) que permiten el cuidado compartido por parte de los progenitores. Además, consideramos relevante cómo esta norma ha debido cambiar la práctica en los procesos de familia, y conocer las experiencias y significados que tienen los sujetos que han participado en los procesos administrativos y judiciales de custodia y cuidado personal en los procesos de separación o divorcio.

En las políticas de cuidados se observa en el año 2000 en la Declaración del Milenio (ONU. Declaración del Milenio de las Naciones Unidas de 2000), con la adopción *mainstreaming* de género como principio transversal, los Estados se comprometen a promover la igualdad de los sexos y la autonomía de la mujer como mecanismos eficaces para combatir la pobreza, junto con otros instrumentos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) (ACNUR. Convención sobre la eliminación de todas las

formas de discriminación contra las mujeres de 1979. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (ONU Mujeres, Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres de 1995) (Beijing, 1995), constituyen algunos instrumentos para lograr la transversalización del género en las políticas públicas y el empoderamiento de las mujeres.

El III Informe sobre los Derechos Humanos de la Mujer, reporta que en Colombia, al igual que Nicaragua, a la mujer le corresponde la custodia de los hijos, así mismo en Puerto Rico, a pesar de que se establece la custodia compartida, en la práctica se le otorga a la madre (Escobar, 2004; Romero, 2009) reflejando la inequidad de género en materia de quien está asumiendo la responsabilidad de cuidado de los niños y niñas en las familias. Es por esto importante señalar que el Consenso de Santo Domingo (2013) reconoce el cuidado como un derecho humano, por lo tanto es una responsabilidad que debe ser asumida tanto por hombres y mujeres sin distinción de clase, e incluye a la sociedad y el Estado. Sin embargo, actualmente se observan las sobrecargas en las funciones de cuidado que son asumidas principalmente por las mujeres, lo que representa un obstáculo para incorporarse al mercado laboral, al estudio y les impide disfrutar plenamente de su autonomía; así lo señalaban los Consensos de Brasilia.

El cuidado de los niños y niñas como derecho fundamental de estos, es reconocido en el informe Futuro de las familias y desafíos para las políticas públicas (Arana, 2007); se debatió sobre los roles tradicionales de género en materia de cuidado de personas dependientes como niños(as) y personas mayores. A continuación resumiremos algunas de las principales conclusiones (Arana, 2007):

- Las mujeres siguen siendo las principales responsables del trabajo doméstico y del cuidado de niños, adultos y enfermos.
- Los programas tienden a homologar familia-mujer.
- No se observa progreso en las corresponsabilidades de parte de los varones y los servicios que apoyan el cuidado se centran dentro de las familias.
- Los hombres más jóvenes dan un mayor apoyo en las tareas de cuidado de los hijos, pero no en el trabajo doméstico.
- Aumento de familias con doble ingreso, con jefaturas femeninas, y hogares unipersonales.
- En la región no existen legislaciones que contemplen servicios de cuidado infantil para trabajadores(as) asalariados de modo universal, ni tampoco para los que se encuentran en la informalidad.

José Olivarría, en CEPAL (2007), analiza la necesidad de abordar la masculinidad en el cuidado y en el trabajo doméstico; esto implicaría políticas públicas inclusivas que den una mayor participación de los hombres para que el bienestar familiar deje de ser responsabilidad exclusiva de las mujeres.

La paternidad está tomando nuevas resignificaciones, es por esto que el derecho civil y de familia también debe transformarse ante estas nuevas necesidades sociales para responder a los nuevos retos que por su complejidad ameritan la articulación de las familias, la sociedad, el Estado; de allí la importancia de conocer las experiencias en la custodia y los cuidados personales de las familias que han pasado por procesos administrativos y judiciales, donde el Estado ha impuesto modelos de cuidados analizados en el marco de las políticas de igualdad y de equidad, los derechos de los niños y niñas a partir de la Ley 1098 de 2006.

La investigación realizada por la OIT–PNUD (2013), sobre el Trabajo decente y cuidado compartido: hacia una propuesta de parentalidad, señala que la corresponsabilidad no solo implica que los cuidados sean asumidos por igual entre hombres y mujeres, sino que va a un plano público donde no solo es un asunto de las familias, sino que debe ser responsabilidad del Estado, del mercado laboral y la sociedad en general, constituyéndose la llamada corresponsabilidad social una de las principales políticas públicas para la conciliación entre la vida laboral, familiar y atender las necesidades de cuidado.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de las Naciones Unidas (PNUD) promueven iniciativas conjuntas para superar las inequidades de género en materia de derechos y oportunidades laborales. Una de estas propuestas es conciliar entre la vida laboral y familiar con corresponsabilidad social, esto involucra hombres y mujeres, así como entre familias, Estado, mercado y sociedad en general, con el objetivo de promover la igualdad y combatir la discriminación, especialmente desde el mundo del trabajo.

Las políticas de conciliación entre la vida laboral y el trabajo se están insertando dentro de propuestas de parentalidad, como nuevas medidas de cuidado compartido, sobre todo en el cuidado infantil, tanto en Europa como en América Latina, que en medio de la crisis económica, los Estados se ven enfrentados a asumir los retos ante las desigualdades sociales. Frente a esto aparecen algunas alternativas para la creación de empleos y la reactivación económica, las áreas de los cuidados personales y por otro lado garantizar la igualdad de oportunidades para los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares. Toma importancia el derecho fundamental de cuidar y ser cuida-

dos, para esto se requiere el reconocimiento igualitario en el uso de licencias parentales.

Las licencias parentales masculinas son unas políticas para lograr la corresponsabilidad familiar que buscan incentivar la participación de los hombres en las actividades de cuidado para hacer frente a los cambios que están ocurriendo en las morfologías y dinámicas familiares de las sociedades contemporáneas del siglo XXI, donde los hombres no han asumido mayores responsabilidades en el cuidado de los hijos e hijas, así como otros miembros de las familias a cargo de labores domésticas del hogar, persistiendo una desigualdad con respecto a la mujer en el ámbito familiar, doméstico y de cuidado personal.

El cuidado de los niños, niñas en la Constitución

La Constitución Política, especialmente en el artículo 44 y el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 del 2006), conforman junto con el bloque constitucional un conjunto de derechos a los niños, niñas y adolescentes, estableciendo los principios rectores como la protección integral, el interés superior y la corresponsabilidad. Determina el deber de la familia, la sociedad y el Estado para la garantía de estos y su goce efectivo, así como el derecho a que crezcan en el seno de una familia (especialmente la propia), de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El artículo 42 de la Constitución brinda una protección especial a las familias y reconoce que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la igualdad de la pareja y los miembros de las familias. La Corte Constitucional colombiana frente a esto afirma que:

La familia como institución básica de la sociedad, se fundamenta en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Los derechos de los padres deben estar encaminados a garantizar el desarrollo armónico de la familia en especial el de los menores que hagan parte de esta y en ningún momento entorpecer las relaciones entre sus miembros. (Sentencia T-182 de 1996)

La Constitución Política de 1991 determina que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (art. 44, párrafo final), así mismo, el artículo 9 de la Ley 1098/2006. Ahora bien, para el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los niños, las niñas y los adolescentes, sus progenitores o representantes legales se guiarán bajo los principios del interés superior, la protección integral y la corresponsabilidad, los cuales son concomitantes en las funciones parentales de cuidado para el goce efectivo de crecer en el seno de una familia bajo el amparo del padre y de la madre.

Frente al derecho de la preservación de la unidad familiar, el derecho de tener una familia y no ser separada de esta, así como otras garantías de protección a las familias como estructura fundamental de la sociedad (Sentencia T-844 de 2011), la Corte Constitucional estableció los siguientes criterios para determinar la intervención del Estado a través de las instituciones de protección para separar a los niños, las niñas y los adolescentes de su unidad familiar:

1. La existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas;
2. Los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia;
3. En general todas las circunstancias frente a las cuales el

artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y,

4. Cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia (Sentencia T-239 de (2014. MP Mauricio González Cuervo).

La intervención del Estado a través de las instituciones (autoridades administrativas o judiciales) se regirán y se interpretarán bajo el principio del interés superior (art. 44 CN, Art. 8 Ley 1098 del 2006), garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos que son interdependientes y aplicados siempre en un contexto real y a las circunstancias de un caso concreto. Es por esto, que consideramos que la custodia y el cuidado personal en los niños, las niñas y los/as adolescentes es independiente del tipo de familia que integren. Esto incluye las familias homoparentales, o de la convivencia o no de los progenitores, también está al margen de los procesos de separación o divorcio, o de la crisis de pareja o matrimonial. El padre y la madre deben seguir ejerciendo su rol en todas las etapas del desarrollo de los niños, las niñas y los/as adolescentes; la responsabilidad parental, que también puede ser ejercida en determinadas circunstancias por quienes convivan con estos.

El derecho a la custodia y cuidado personal debe ser garantizado por el Estado y las familias de forma corresponsable, porque implica todo lo referente a los deberes de cuidado, como son: la educación, la manutención, la atención, o sea, los progenitores han de acordar con el niño, la niña y el adolescente, según su edad, los valores y principios que les van a inculcar, las formas o los modelos de crianza, el tipo de educación, los

horarios para cumplir, el ambiente donde se desarrollará; en fin, implica también las condiciones sociales, económicas y culturales para la garantía de este derecho.

Para Álvarez (2005), la responsabilidad parental es entendida como el ejercicio de los papeles paternos y maternos que se deben desarrollar en un contexto de responsabilidad solidaria y compartida, procurando un plus de derechos a los niños, las niñas y los/as adolescentes. Picotó (2012) en su obra *La custodia compartida a debate* considera que la igualdad de los progenitores en el cuidado de los hijos y las hijas se fundamenta en el principio de coparentalidad, tanto en los derechos como en los deberes. Implica el derecho de los niños a ser educados por sus dos progenitores, a relacionarse con ellos, relaciones que se deben dar antes y después de la ruptura, la separación, el divorcio o la crisis matrimonial. Lo anterior comprende que el padre y la madre deben seguir asumiendo sus responsabilidades de cuidado, crianza, educación de los hijos e hijas independientemente de los problemas o conflictos como pareja, es decir, este modelo de responsabilidad parental basado en la igualdad, busca garantizar el derecho del niño al cuidado por parte de ambos progenitores.

De acuerdo a la OIT y el PNUD (2013) la parentalidad, también llamada responsabilidades parentales, se refiere a las capacidades, prácticas y funciones propias de las madres y los padres para cuidar, proteger, educar y asegurar el sano desarrollo a sus hijos e hijas y de las personas dependientes. Este concepto refleja una neutralidad en el lenguaje y en las relaciones entre los géneros. No quiere decir esto que desaparezcan las desigualdades entre hombres y mujeres en el ámbito de las relaciones familiares y el cuidado de los niños y niñas. Para la

Ley 1098/2006, la corresponsabilidad parental implica no solo que ambos padres deben asumir el cuidado, sino que el Estado y la sociedad asuman un papel esencial con políticas públicas para la conciliación entre la vida laboral, familiar y la atención de las necesidades de cuidado como una función del Estado.

Actualmente las políticas de conciliación entre la vida laboral y el trabajo se están insertando dentro de las propuestas de parentalidad como nuevas medidas de cuidado compartido, sobre todo en el cuidado infantil tanto en Europa como en América Latina, ya que en medio de la crisis económica los Estados se ven precisados, por un lado, a asumir los retos de las desigualdades, la reactivación económica a través de las áreas de los cuidados personales y, por otro, garantizar la igualdad de oportunidades para los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidades familiares a cargo, así como el reconocimiento igualitario en el uso de licencias parentales.

Las licencias parentales masculinas buscan incentivar la participación de los hombres en las actividades de cuidado, para hacer frente a los cambios de las dinámicas familiares del siglo XXI. Este cambio rompe con la lógica del hombre trabajador del Código Civil napoleónico del siglo pasado, que refleja el modelo hegemónico de la masculinidad, la figura tradicional de la familia heterosexual con roles definidos, que en materia de derecho civil, hizo que los jueces sentenciaran los estereotipos del hombre proveedor y de la mujer a cargo del cuidado de los niños y niñas; funciones propias en un contexto de una sociedad preindustrial, que aunque con menos fuerza, continúan vigentes.

Experiencias de cuidado

En materia de cuidado de los niños, las niñas y los adolescen-

tes, a nivel jurídico se ha llegado a establecer el rol de cuidadoras a las mujeres, en el marco de una serie de tradiciones que se conocen como criterios "de preferencia materna" o "cuidador primario", que estuvo vigente hasta finales del siglo pasado a nivel de la legislación civil de algunos Estados. En el caso de Argentina y Colombia, países donde se reglamentó que en caso de separación o divorcio, los hijos e hijas menores de cinco años debían quedar bajo el cuidado de la madre (Stilerman, 2004; Pinilla, 2005). Este criterio se fundamenta en la teoría norteamericana conocida como "la doctrina de los años tiernos" (*tender years doctrine*), que concedía la facultad a los tribunales para presumir la custodia a las madres si el niño o la niña era menor de los siete años, y que posteriormente se amplió hasta los dieciséis años (Vara, 2013). De esta manera se estableció el rol de cuidadora a la madre.

Lo anterior es coherente con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (principio sexto), que hace una distinción sobre el cuidado de los niños y las niñas de corta edad cuando proclama que no deben ser separados de su madre. Este postulado de preferencia materna es contradictorio con la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la cual no hace distinción de edad ni de sexo en el derecho de custodia parental, e introduce la coparentalidad bajo una perspectiva de los derechos humanos y la igualdad entre hombres y mujeres.

El criterio de la preferencia materna en el cuidado de los niños y niñas no solo es un fenómeno de los países de Latinoamérica. En un estudio de derecho comparado realizado por Ruiz-Almodóvar (1998) en los países árabes, donde analizó la custodia (hadaña) en los Códigos de Estatuto Personal de Argelia, Egipto, Irak, Kuwait, Libia, Marruecos, Siria, Sudán y Túnez, encontró

que el Código Tunecino es el único que se ha alejado algo de la legislación clásica al eliminar el rango de edad para determinar la custodia y la preferencia materna en el cuidado sobre la paterna. En Europa, por ejemplo en España, las decisiones de la guarda y custodia de los niños, niñas y adolescentes, se toman de manera estereotipada a la madre (Arce, Fariña y Seijo, 2005). Frente al cuidado materno García (1998) resalta que solo se discute cuando la madre no es apta para desempeñarla y que los padres-varones simplemente no solicitan la custodia y cuidado personal, porque consideran que las madres son excelentes cuidadoras o porque se despreocupan de esta función, pero también porque consideran que no se les concederá en ningún caso el cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes.

Retornando a la doctrina de los años tiernos en Colombia, vigente en el sistema jurídico hasta el año 1989, se llegó a determinar que luego de un proceso de divorcio, el cuidado de los niños, niñas menores de siete años y las mujeres con minoría de edad, le correspondía a la madre (art. 411 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 1, numeral 214 del Decreto 2282/1989 y derogado por la Ley 1564/2012 Código General del Proceso). Con relación a los hijos e hijas extramatrimoniales, se llegó a establecer que la custodia le correspondía, si eran de corta edad, sin distinción del sexo a la madre; hechos que también son analizados por Corredor (1998). Estos criterios han tenido un fuerte impacto en la cultura judicial hasta nuestros tiempos, especialmente en los procesos de familia, de custodia o tenencia; donde existe una tendencia de otorgamiento favorable a la madre, generalmente motivada por factores de índole social y de género propios de las sociedades patriarcales.

La custodia y cuidado personal como un derecho de los niños

y niñas se conecta con el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, implica que los niños y niñas son sujetos de derechos, con subjetividad propia, bajo una relación de igualdad de derechos con sus progenitores. Es decir, las relaciones entre padres e hijos(as) menores de edad son un ejercicio recíproco de derechos y obligaciones, acorde con el paradigma de la protección integral, que reconoce la Convención de los Derechos del Niño y esta se convierte en una especie de mandato normativo al Estado, la sociedad y las familias para la implementación de políticas públicas que busquen una garantía y atención hacia los derechos sociales, económicos, civiles, culturales de la infancia y adolescencia (Dávila y Naya, 2012). Además, implica transformaciones en las relaciones de poder filioparentales y el ejercicio de la patria potestad (Viola, 2012; Quiroz, 2011; Gonzales, 2013).

Manera y Rodríguez (2013) consideran que la Convención de 1989 ha sido apropiada como garantía para la protección integral; sin embargo, son muy pocas las “teorías de la promoción social de la infancia” (p.225), puesto que en la práctica lo que ha ocurrido ha sido una adecuación normativa e implementación de los postulados. En el estudio “La Práctica del Psicólogo Forense con Menores Judicializados por Violencia Familiar en el Marco de la Ley 24.417” realizado por Iglesia, Velásquez y Piekarz, (2008), que los adultos siguen entendiendo a las personas menores de edad como objeto de intervención, ya sea por sus padres, la escuela o el Estado. Así mismo, señala Manera y Rodríguez (2013), que una de las mayores dificultades en la implementación de la protección integral son los procesos culturales, en especial, con respecto a los funcionarios y los operadores de este nuevo sistema de protección integral, puesto que fueron formados bajo el abordaje teórico y práctico del viejo enfoque de

la situación irregular. Lo anterior coincide con la postura de Lora (2006), que considera que el problema de la implementación de la protección integral es la falta de criterios técnicos de interpretación, haciendo referencia al interés superior debido que este puede variar de acuerdo a cada cultura.

Por otra parte, desde los estudios de la antropología de la infancia, el cuidado es un sistema amplio de la práctica cultural que va desde los primeros días de vida hasta el proceso de socialización, así como la enseñanza de los valores de su cultura (Mantgomery, 2009 citado en Castrillón, 2009). Esto nos pone de manifiesto la dicotomía del cuidado como un asunto público o privado (Chiara & Alamillo, 2012; López-Contreras (2015) hacen una crítica muy interesante al recordar cómo antes de la Convención, los niños y niñas no eran un tema de importancia para el sistema jurídico, de relevancia en la esfera pública, por lo cual los asuntos que concernían eran resueltos desde lo privado, es decir, en el ámbito familiar.

Los deberes del cuidado implican las facultades de dirección y orientación a tener en cuenta en el desarrollo de la infancia y la adolescencia (art. 5 de la Convención). En este sentido entenderemos por custodia, como el derecho que tienen los niños, las niñas y los adolescentes de que sus padres, de forma permanente y solidaria, asuman directa y oportunamente su cuidado (ver art. 23 Ley 1098/2006). Aunque como lo hemos expresado anteriormente, el cuidado sigue en gran parte a cargo de las mujeres; esto no es correspondiente con igualdad normativa entre los sexos (De las Heras, 2009) y en este sentido, Gaviria (2006) señala que es muy común que los operadores judiciales asignen el cuidado de los hijos e hijas a las madres, a pesar de que en Colombia con la Constitución de 1991, se obligó al Estado a

orientar sus políticas públicas hacia la búsqueda de lo contemplado en el artículo 13 de la Carta, y el artículo 42 referente a las relaciones familiares basadas en criterios y reglas de la igualdad.

Posteriormente, la Ley 1098/2006 introduce y define por primera vez la perspectiva de género y la responsabilidad parental (arts. 12 y 14), que junto con la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3, numerales 2, 3, 5, y 9), especialmente el artículo 18, se reconoce el principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de los niños, las niñas y los/las adolescentes. De acuerdo a lo planteado nos formulamos los siguientes supuestos: Las experiencias de los sujetos que intervienen en los procesos administrativos y judiciales sobre custodia y cuidado personal en el distrito de Barranquilla, están relacionadas con la cultura patriarcal que influye en los roles de cuidado y los programas y políticas públicas para la garantía de la protección integral, que en materia de custodia y cuidado personal están basadas en enfoques familiaristas, donde se prioriza el cuidado materno.

295

A continuación se describirá –desde la metodología– el acercamiento al diseño de propuesta de investigación que tiene la intención de comprender las experiencias y significados que le han otorgado las personas que han participado en los procesos de custodia y cuidado personal, tanto en la etapa administrativa como judicial en el distrito de Barranquilla, a partir de la Ley 1098 de 2006. Es por esto que se trabajará bajo la metodología cualitativa, para tener un acercamiento desde el propio contexto donde ocurre el fenómeno, con sus actores y las herramientas que nos vaya indicando el proceso investigativo cualitativo (Mas-hall y Rossman, 1999).

La intención es comprender el fenómeno a investigar, teniendo en cuenta que la realidad puede ser internalizada de manera particular por cada individuo, que este le dará su propio significado; de ahí la necesidad de interactuar con los sujetos participantes dentro de su contexto particular para captar la forma cómo los actores interactúan, construyen y comprenden su realidad.

A continuación señalamos algunos autores como Denzin y Lincoln (1994), para los cuales la investigación cualitativa es multimetódica, naturalista e interpretativa, focalizada; sus métodos se centran en el análisis, la explicación y la comprensión de la complejidad del detalle y del contexto, es decir, el investigador(a) estudia las cosas en su situación natural, tratando de entender e interpretar el significado que las personas les otorgan, los valores, las creencias y que a través de los datos y descripción densa emergen nuevas formas de entender los procesos sociales. Marshall y Rossman (1999) señalan que el proceso investigativo cualitativo supone la inmersión en la vida cotidiana de la situación seleccionada para el estudio; es una valoración e intento por descubrir la perspectiva de los participantes.

Para Creswell (1998) la investigación cualitativa es un proceso interpretativo de indagación, donde el investigador construye una imagen compleja y holista, analiza las palabras, las perspectivas de los informantes y es el conductor del estudio de un hecho o situación natural basado en las distintas tradiciones metodológicas. Es por esto que planteamos este diseño desde lo cualitativo porque compartimos que los hechos sociales no deben ser observados únicamente bajo los parámetros del positivismo, donde el conocimiento es un reflejo de la realidad, a la que se accede a través de la observación controlada y guiada por el método científico de las ciencias básicas donde prima la

objetividad y la neutralidad. A diferencia, la investigación interpretativa, surge como alternativa al positivismo, donde se busca rescatar la subjetividad y el investigador social adopta una actitud de respeto o aprecio hacia el mundo social, pretendiendo ser fiel a la naturaleza del fenómeno que se estudia.

De acuerdo a lo anterior, es importante aclarar que la subjetividad no se centra únicamente en el investigador, sino que abarca también su objeto de estudio, es decir, el paradigma cualitativo es reflexivo. Para Bourdieu y Wacquant (1995) es una específica manera de mirar y analizar los condicionamientos sociales que afectan la práctica de la investigación tomado especialmente de el propio investigador y sus relaciones, con el fin de objetivar al propio sujeto objetivamente. Tendremos en cuenta la reflexividad como el mecanismo que va a permitir la reflexión, tanto para el investigador como para los sujetos de la investigación.

En este sentido, Giddens citado en Durand (s/f), sostiene que “las interpretaciones de los científicos sociales son interpretaciones de interpretaciones; es decir, están enfrentados a una doble hermenéutica que los incluye a ellos mismos como actores sociales” (p.7). Lo anterior requiere por parte del investigador una sensibilidad y ser consiente de que la interacción con los sujetos de la investigación va a tener un impacto o efecto en estos, pero también ellos van a hacer que tenga un efecto en él. Esta es una de las características esenciales de la investigación cualitativa: que las personas no son consideradas objeto de investigación, o que son externas al investigador desde una lógica positivista, sino que el también hace parte, lo que le permite utilizar diversos métodos y técnicas para tener una perspectiva holística.

Esta propuesta de investigación intenta rescatar la perspecti-

va de los actores que, en términos de Geertz (2005) sería tomar el punto de vista del nativo, en este caso son las experiencias y vivencias de las personas de los tres casos de custodia compartida que se analizarán desde la metodología de los estudios de caso y la teoría fundamentada. Se busca la comprensión y el reconocimiento de lo que los otros quieren narrar y expresar. Por esto se busca conocer y comprender las percepciones, experiencias de las personas que intervinieron en cada uno de los casos a estudiar.

El diseño metodológico es flexible y atento a lo que emerge en el trabajo de campo, a los sujetos, al contexto. Así, el investigador no solo observa e interpreta sino que participa plenamente con los sujetos y el contexto, utiliza su intuición, la sensibilidad y la creatividad. En este sentido, Denzin y Lincoln hacen la relación de la actividad del investigador con la del *bricoleur* (1994) y utilizan la metáfora de Nelson y otros (1992), entendiendo la investigación como un proceso interactivo condicionado por la historia personal, la bibliografía, el género, la clase social, la raza y la etnia de la gente que investiga. El *bricoleur* sabe que la ciencia es poder y que todos los resultados son un bricolaje, una creación compleja, densa, reflexiva, a la manera de un *collage* que representa las imágenes del investigador, sus pensamientos, sus interpretaciones.

En cuanto al tipo de diseño, se ha pensado abordar el estudio desde lo fenomenológico, que para Creswell (1998 en Vasilachis, 2006), a pesar de que parte de un contexto conceptual elaborado previamente como guía, va a ser enriquecido o replanteado por los aportes del estudio. La intención es estudiar el estado natural donde se producen los hechos, desde las perspectivas de los propios actores y es por esto que tejaremos este proceso de investigación cualitativa bajo la guía metodológica de la teoría fundamentada, debido a la necesidad expresa de construir en

forma inductiva nuevos conceptos; para esto la población está constituida por los profesionales (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, médicos) de los equipos interdisciplinarios que conforman las autoridades administrativas y judiciales del sistema de protección a la infancia y adolescencia que participaron en los tres casos de estudio, junto con las partes (demandante y demandados, es decir los progenitores) y sus representantes; así como los niños, niñas y adolescentes y demás personas que hicieron parte del proceso de custodia y cuidados personales.

Bajo este tipo de diseño fenomenológico, se ha pensado trabajar desde la etnografía que nos permitirá entender las experiencias desde sus propios escenarios culturales, dentro de sus límites espaciales y temporales donde se va a realizar la investigación, pero que a su vez enriquecerían desde lo teórico, herramientas y bases para los estudios sobre custodia y cuidado personal de los niños y niñas en los procesos administrativos y judiciales a que se enfrentan las familias donde el Estado interviene en su regulación, garantía y protección de este derecho.

El proceso de recolección y análisis de datos, siguiendo a Strauss (1984, p.10, en Vasilachis, 2006), se hará teniendo en cuenta como guía los siguientes requisitos:

1. Que la interpretación y recolección estén guiadas por interpretaciones sucesivas realizadas durante la investigación.
2. Que la teoría sea conceptualmente densa, con muchos conceptos y relaciones entre ellos evitando caer en la simplicidad.
3. Que el examen de los datos sea detallado, intensivo y microscópico, con el objetivo de exhibir la maravillosa complejidad que yace en ellos, detrás de ellos y más allá de ellos (p.31).

En la investigación cualitativa la recolección y análisis, es un proceso conjunto, donde el factor humano tiene una gran fuerza pero también representa la debilidad. En este sentido Patton (2002) en Vasilchis (2006) hace la siguiente recomendación:

El analista tiene la obligación de revisar y exponer su propio proceso analítico y sus procedimientos tan completa y verazmente como le sea posible. Esto significa que el análisis cualitativo es un nuevo momento del trabajo de campo en el que el analista debe observar su propio proceso al mismo tiempo que realiza el análisis y da cuenta de él conjuntamente con el informe de los resultados de la investigación. (p.31)

Para dar cuenta de ese proceso citado en el párrafo anterior para la sistematización y análisis de la información, utilizaremos el *software Atlas TI* o el *N vivo*, dependiendo de la facilidad para el uso de las licencias. A través de la teoría fundamentada serán analizados los datos obtenidos en la investigación y el análisis de contenido de casos y jurisprudencia. El acercamiento con interaccionismo simbólico permitirá al estudio no solo observar los comportamientos sino también interpretar los significados y más allá del criterio preconcebido que tienen los actores sociales, puesto que el investigador observa, interpreta y participa plenamente en la vida de los sujetos (Garfinkel, 2006).

Se empleará la triangulación como una alternativa a la validación, una estrategia que agrega rigor y amplitud a la investigación porque combina múltiples métodos, materiales empíricos, perspectivas y observaciones focalizadas en un estudio singular.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acnur. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Recuperado de (p.283).
- Álvarez, J. (2005). *La custodia compartida: Génesis del nuevo*

art. 92 del Código Civil. *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 137-162.

Arana, V. (2007). Reunión de Especialistas "Futura de las familias y desafíos para las políticas públicas". Informe de la Reunión. Cepal y UNFAPA. Recuperado de: https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/sintesis_reunion_especialistas.pdf

Arce, R., Fariña, F. & Seijo, D. (2005). Razonamientos judiciales en procesos de separación. *Psicothema*, 17(1), 57-63.

Bourdieu, P., y Wacquant, L. (1995). *La práctica de la antropología reflexiva. Respuestas por una antropología reflexiva*. México: Grijalbo.

Castrillón, X. (2009). ¿Dónde jugarán los niños? Rastreado la mirada antropológica sobre la infancia. *Maguaré*, 23, 433-469. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/15046>

CEPAL (2007). *Reunión de Especialistas "Futuro de las familias y desafíos para las políticas públicas"*. Informe de la Reunión (Verónica Arana). Recuperado de http://www.cepal.org/dds/noticias/paginas/9/30289/sintesis_reunion_especialistas.pdf

CEPAL y ONU (2007). *Consenso de Quito*. X Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe. Recuperado de <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/9/29489/dsc1e.pdf>

Chiara, C. y Alamillo, L. (2012). La organización de los cuidados, más allá de la dicotomía entre la esfera pública y esfera privada. *Gazeta de Antropología*, 28(2). Recuperado de <http://hdl.handle.net/10481/23793>

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-239 del 09 de abril de 2014. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-239-14.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-182 del 02 de mayo de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-182-96.htm>

Colombia. Congreso de la República. Código de Procedimiento Civil.

Colombia. Constitución política de Colombia (1991). Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-844 del 08 de noviembre de 2011. Magistrado ponente: Jorge Ingacio Pretelt Chaljub. Tomado directamente de la Corporación. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-844-11.htm>

Congreso de la República de Colombia (8 de noviembre de 2006). Ley de Infancia y Adolescencia. (Ley 1098 de 2006). Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

302

Convenio de La Haya. Referente a los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños, del 25 de octubre de 1980.

Convenio de La Haya. Relativo a la protección del niño, a la Cooperación. En *Materia de Adopción Internacional*, del 29 de marzo de 1993.

Creswell, W. (1998). *Qualitative Inquiry and Research Design: Choosing Among Five Traditions*. Thousand Oaks, California: Sage Publications, Inc.

Corredor, J. (1998). *Conflictos en el derecho familia y su vigencia en la práctica judicial*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Dávila, P. y Naya. M. (2012). La protección de la infancia en situaciones de riesgo en América Latina a través de los códigos de la niñez. *Pedagogía social. Revista Interuniversitaria*, (19), 99-112.

De las Heras, A. (2009). Una aproximación a las teorías feminis-

tas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política Universitas*, (9), 45-82.

Denzin, N. y Lincoln, Y. (1994). Ingresando al campo de la investigación cualitativa. En *Manual de Investigación cualitativa*. Traducción de Mario Perroné. California, Estados Unidos: Handbook of Qualitative Research.

Durand, S. (s/f). La tradición hermenéutica y sus derivaciones. En Durand, Sonia y Andrés Mombrú.

Escobar, G. (2004). Federación Iberoamericana de Ombudsman. II informe sobre derechos humanos. Derechos de la mujer. Madrid: Trama Editorial.

Feldstein, S. (2004). Armonización legislativa en materia de derecho de familia en el Mercosur: ¿Una necesidad o una quimera? *Suplemento mensual de Derecho Internacional privado y de la integración*. Recuperado de <http://www.caei.com.ar/sites/default/files/d12.pdf>

García, Y. (2008). *Familias en Colombia*. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.

Garfinkel, H. (2006). *Estudios de Etnometodología*. México: An-thropos. Tr. Hugo Antonio Pérez Henaiz.

Gaviria, C. (2006). La custodia compartida a la luz de la Constitución de 1991. En G. Castellanos *et al.*, *Custodia Compartida Coloquio* (p.230). Cali: Centro Interdisciplinario de Estudios Sociales, CIES.

Geertz, C. (2005). *La interpretación de las culturas*. España: Gedirsa S.A.

González, M. (2013). La doctrina de la protección integral de los derechos del Niño y Adolescente y aplicación de la Remisión en los casos de adolescentes en conflicto con la Ley Penal en el distrito judicial de Lima Norte 2010-2011 (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Perú. Recuperado de <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/1171>

- Grosman, C. (2007). *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: Ed. Lexis.
- Lerullo, M. (2015). La crianza de niños, niñas y adolescentes en contextos de pobreza urbana persistente. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(2), 971-683. DOI: 10.11600/1692715x.1328020615
- Iglesia, M., Velásquez, M., y Piekarz, W. (2008). Devenir de un cambio: Del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. *Anuario de Investigaciones*. Facultad de Psicología. Universidad de Buenos Aires, XV, pp.323-327.
- Legislación Colombia. Congreso de la República. Ley 1098/2006.
- López-Contreras, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definiciones y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70.
- Lora, L. (2006). Discurso jurídico sobre el interés superior del niño. En: *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*. Mar de Plata: Ediciones Suárez, 479-488.
- Manera, H. y Rodríguez, M. (2013). ¿Protección de derechos o protección de sujetos? *Rayuela, Revista Iberoamericana sobre Niñez y Juventud en la Lucha*, (9), 221-225.
- Marshall, C., y Rosman, G. (1999). *Designing Qualitative Research*. Thousand Oaks, Sage Publications Inc.
- OEA. Convenio de la Haya, referente a los aspectos civiles de la sustitución internacional de niños de 1980.
- OEA. Convenio internacional sobre restitución internacional de menores de 1989.
- OIT y PNUD (2013). *Trabajo decente y cuidado compartido: hacia una propuesta de parentalidad*. Santiago. Organización Internacional y Programa de las Naciones Unidas para el de-

- sarrollo. Chile: OIT y PNUD.
- ONU. Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.
- ONU. Convención de los derechos del niño de 1989.
- ONU. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW). Recuperado de: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention552.pdf>
- ONU. Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres, celebrada en Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995.
- ONU. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
- ONU. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924.
- ONU. Declaración del Milenio de las Naciones Unidas de 2000. Recuperado de: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>
- ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Jurisprudencia consultada.
- ONU y CEPAL (2010). XI Conferencia Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. Consenso de Brasilia. Recuperado de http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/5/40235/ConsensoBrasilia_ESP.pdf
- ONU y CEPAL (2013). XII Conferencia Regional sobre la mujer. Recuperado Consenso de Santo Domingo. Recuperado de http://www.cepal.org/conferenciamujer/noticias/paginas/6/49916/PLE_Consenso_de_Santo_Domingo.pdf
- ONU y CEPAL (2013). XX Conferencia Regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe. Santo Domingo, 15 a 18 de octubre de 2013. Recuperado de: https://www.cepal.org/12conferenciamujer/noticias/paginas/6/49916/PLE_Consenso_de_Santo_Domingo.pdf
- Picotó, T. (2012). *La custodia compartida a debate*. Madrid: Consejo Editorial. Colección Bartolomé de las Casas.

- Pinilla, A. (2005). La custodia de los hijos: una mirada legal y jurisprudencial. *Cartas de derecho de Familia*, (2)1, 5-35. Bogotá: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Quiroz, M. (2011). *Veinte años de la convención de los Derechos del Niño. Reflexiones sobre el desarrollo jurídico en Colombia*. Bogotá: Criterio Jurídico Garantista.
- Romero, F. (2009). Coparentalidad y género. *Revista de Intervención psicoeducativa en la desadaptación social IPSE-ds*. (0)2, 11-28.
- Ruiz-Almodóvar, C. (1998). *Derecho de Custodia (Hadaña) en los Códigos de Estatuto Personal de los Países Árabes*. Recuperado de http://www.academia.edu/240019/El_derecho_de_custodia_Hadana_en_los_C%C3%B3digos_de_Estatuto_Personal_de_los_pa%C3%ADses_%C3%A1rabes
- Stilerman, M. (2004). *Menores: tenencia, régimen de visitas*. Universidad de Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Vara, G. (2013). *El interés superior del menor: superior... ¿a qué?* Recuperado de <http://hayderecho.com/2013/10/25/el-interes-del-menor-superior-a-que/>
- Vasilachis, I. (2006). La investigación cualitativa. En Vasilachis, I. (Coord.). *Estrategias de investigación cualitativa*. España: Ed. Gedisa.
- Viola, S. (2012). Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. *Revista Electrónica Cuestión de Derechos*, 3, Argentina.

Cómo citar este capítulo:

Castillo Bolaño, J. (2017). Experiencias y significados de la custodia y cuidado personal de los niños y niñas dentro de los procesos administrativos y judiciales de familia. En A. Aguilar Caro, Y. R. Morales Castro, J. Castillo Bolaños, C. C. De la Hoz Campo, M. Ayala Román, A. Orozco Idágarra, & A. M. Contreras Duarte, *Estudios Doctorales Femeninos. Aportes desde las Ciencias Sociales y Humanas* (pp.279-306). Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.