

REFLEXIONES ACERCA DE LAS COMPETENCIAS DEL DEFENSOR DE FAMILIA

Por Carlos Vega Mendoza¹ y Cielo Vega Mendoza².

Resumen.

Las competencias del defensor de familia en alimentos, custodia y visitas son el objeto de este estudio. La intención es llevar a cabo un análisis reflexivo acerca de la fijación de cuota de alimentos, custodia y visitas por los defensores de familia, para determinar el régimen jurídico aplicable, descubrir la forma en que se está llevando a cabo en Colombia y determinar las garantías procesales de que gozan las partes y los menores en la fijación de cuota de alimentos, custodia y visitas, para evitar así que nazcan a la vida jurídica actos arbitrarios, lesivos de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y el derecho de defensa de los padres. Se aplicó la investigación exploratoria y descriptiva. Se obtuvo por resultado que existe un vacío legislativo en cuanto a la regulación del procedimiento de fijación de cuota de alimentos, custodia y visitas por los defensores de familia.

Palabras clave: defensor de familia, alimentos, custodia y visitas.

Abstract

The competences of the family defender in maintenance, custody and visits are the object of this research. The intention is to do a reflective analysis about food setting, custody and right to visit which are set by family defenders, to determine the applicable legal regime, discover how do family defenders fixate food setting in Colombia and determine the procedural guarantees to the parties and under aged have in setting the quota for food, custody and visits, in order to avoid arbitrary acts, which damage the fundamental rights of children and adolescents and the right of defense of parents. The exploratory and descriptive research was applied. The result was that there is a legislative gap regarding the regulation of the procedure for setting food, custody and visitation fees by family defenders.

Key words: Family defenders, food, custody and visits.

¹ Abogado egresado de la Universidad Libre de Colombia seccional Barranquilla, especialista en Derecho Administrativo Universidad Libre de Colombia, Candidato a Maestrante en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, estudiante de segundo semestre de la Especialización en Derecho de Autor, Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías de la Universidad Área Andina, estudiante de Tercer Trimestre de la Especialización de Paz y Desarrollo Territorial de la Corporación Unificada Nacional de Educación Superior. Cuenta con estudios de diplomado en Docencia Universitaria, Alta Gerencia, Código General del Proceso, Contratación Estatal, Derecho Administrativo, Gestión Pública, Conciliación, Conflicto Armado y Proceso de Paz, Fundamentos de la JEP. Ha sido docente en Diplomados de la Federación Colombiana de Municipios, Defensor de Familia adscrito al Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF Regional Guajira. Actualmente abogado litigante.

² Abogado egresada de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Procesal Universidad Simón Bolívar; Candidato a Maestrante en Derecho Procesal Universidad Simón Bolívar, Cuenta con estudios de Diplomados en Alta Gerencia, Reforma al Procedimiento Civil, Docencia Universitaria. Ha sido Abogada en ejercicio, Asesor Jurídica Externa INCODER, Profesional Especializado Código 2028 grado 15 de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas Dirección Territorial Cesar Guajira y actualmente se desempeña como Defensora de Familia Regional la Guajira.

I. Introducción

María Claudina Treviño Pizarro explica que familia:

En nuestro derecho, la familia, en sentido restringido, se constituye a partir de la pareja y mediante el desarrollo y desenvolvimiento de la misma; se extiende a los descendientes sin límite de grado. La familia, en sentido amplio, incluye a los demás ascendientes y a los parientes colaterales hasta el cuarto grado para los efectos jurídicos correspondientes. (Treviño, 2017, p. 13)

Será entonces en torno a tales personas que el Defensor de Familia deberá ejercer su labor, teniendo en cuenta que tal figura en Colombia fue instituida, al tenor del Decreto 2272 de 1989, para ejecutar la protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes (Decreto 2272 de 1989, Art. 11). Aspecto que vino a ser reforzado desde la expedición del Código de Infancia y Adolescencia, constituyéndose así en el garante de la efectividad de los derechos de las niñas, de los niños y de los adolescentes, ante todas las entidades públicas y privadas. Partiendo de esta base, se tiene que esta se convierte en el determinante del actuar del Defensor de Familia, más aún de su competencia para ejercer sus labores, las cuales cuentan con un origen que viene a ser la base sobre la que se asienta todo el actuar del defensor de familia y esta es la Constitución Política de 1991, que establece que Colombia se constituyó como un Estado Social de Derecho (Const., 1991) A partir de su expedición, el compromiso para el Estado no termina con la concepción positiva de derechos constitucionales, su compromiso va más allá, pues debe garantizar a sus ciudadanos el desarrollo de sus derechos.

A través de los artículos 5 y 42 constitucional, se estableció que la familia, en sus diversas formas de constituirse, es el núcleo fundamental de la sociedad y que corresponde tanto al Estado como a la sociedad ampararla y garantizar su protección integral.

El desarrollo normativo de los derechos de la familia y los niños no ha sido fácil. Cabe anotar que dentro de los derechos, principios e instituciones que a partir de la constitución de 1991 adquirieron rango constitucional fundamental, se encuentran los derechos de los niños. Luego bien, dada la índole de los derechos que deprecian protección, se ha establecido todo un sistema que permita garantizarlos, partiendo desde la Constitución, la Corte Constitucional, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y para el caso del objeto de este estudio, el Defensor de Familia, quien es un mediador que viene a regular los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para el caso objeto de estudio, en materia de alimentos, custodia y visitas.

II. Breve historia acerca de las competencias del defensor de familia en Colombia en materia de alimentos, custodia y visitas.

La figura del Defensor de Familia tiene sus antecedentes legales en la Ley 83 de 1946 cuando en Colombia se creó la Jurisdicción de Menores, y se estableció que hacía parte de ella al tenor del artículo 5 como personal del Juzgado de Menores: “b) Un Promotor – Curador de Menores” (Ley 83 de 1946). Posteriormente, con el Decreto 2272 de 1989 se creó en Colombia por primera vez la Jurisdicción de Familia, y se asignó la competencia a los Jueces de Familia para conocer de: “d. De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores” (Decreto 2272 de 1989), y a la par de esto, se dejó en cabeza del defensor de familia el deber de ejecutar la protección y garantía de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Las anteriores funciones vinieron a ser reforzadas con la Constitución Política cuando elevó a la categoría de derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes: “la alimentación equilibrada ... Serán protegidos contra toda forma de abandono,... La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (Const., 1991). Posteriormente en desarrollo de este postulado constitucional, cabe resaltar el numeral trece del artículo 82 del Código de Infancia y Adolescencia, que crea la facultad de decisión sobre la fijación de visitas, alimentos y custodia de los niños, niñas y adolescentes. (Ley 1098 de 2006) a los Defensores de Familia, sin embargo, no se establecieron pautas claras para la fijación de cuota de alimentos, custodia y visitas por los defensores de familia, por lo que el operador jurídico debe dar aplicación a las fuentes del derecho, tales como los principios generales de derecho y a los criterios de interpretación de la norma. Ahora bien, del modo señalado por Ricardo Jiménez-Barros, se puntualiza sobre las funciones del Defensor de Familia que son múltiples, por un lado:

como administrador de justicia dentro del proceso administrativo de restablecimiento de derechos en asuntos conciliables y no conciliables y como abogado con acciones dentro de la jurisdicción de familia y el sistema penal de responsabilidad para adolescentes puede apreciarse que en la práctica, debido a la falta de claridad respecto a la naturaleza jurídica del defensor de familia, sus funciones se confunden entre el accionar como administrador de justicia y como ente conciliador. (Jiménez-Barros, 2012, pp. 169-199)

Así las cosas, las funciones del Defensor de Familia presentan una dualidad, en la que por un lado, administra justicia, y por otro, concilia. Tales competencias tienen su asidero jurídico en la naturaleza de los derechos que buscan protegerse y en atención a la población que está cobijada con la protección que representa el Defensor de Familia, esto es los niños, niñas y adolescentes,

entendiendo por niño lo preceptuado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la parte primera, artículo primero, que define tal concepto de este modo: “Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes de la mayoría de edad” (UNICEF, 1946, pág. 76), luego bien, partiendo de esta concepción se tiene que jurídicamente un primer factor definitorio de tal condición es la edad biológica de la persona que es una minoría de edad. Tal espíritu se ha mantenido a lo largo de las diversas regulaciones históricas en cuanto a las Facultades de los Defensores de Familia, y esto es aún en el actual Código de Infancia y Adolescencia, de acuerdo con el cual el restablecimiento de derechos está constituido por todas las acciones que desarrollan las instituciones del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con el fin de restaurar la dignidad e integridad que como sujetos han de tener los niños, niñas y adolescentes, y la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados. El Código establece el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el medio por el cual el Estado interviene en los casos en los que hay amenaza, inobservancia o vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

III. Características de la protección que brinda el defensor de familia en materia de alimentos a los niños, niñas y adolescentes.

En materia de alimentos el Defensor de Familia brinda protección a los niños, niñas y adolescentes, de manera específica de la siguiente forma:

La fijación de la cuota alimentaria:

(...)

Segunda: Corresponde al Defensor y Comisario de Familia en razón a la competencia subsidiaria: i) aprobar las conciliaciones en relación con la determinación de la cuota alimentaria y ii) fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación con el fin de agotar el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de familia.

Tercera: Los procesos de alimentos para mayores de 18 años, deben ser tramitados ante los juzgados de Familia, previo agotamiento del requisito de procedibilidad establecido en la Ley 640 de 2001. (Concept., 2014)

Así las cosas, se observa que las competencias del Defensor de Familia en materia de alimentos se circunscriben a la aprobación de conciliaciones en relación con la determinación de cuota alimentaria, fijación de cuota provisional de alimentos en caso de no llegar a la conciliación, y la conciliación en alimentos de mayores de dieciocho años, ahora bien, no basta con la aprobación de conciliaciones sino que además debe el defensor de familia desempeñar el papel de mediador, toda vez que como explica Esther Souto Galván: “La mediación supone una figura alternativa a la

resolución judicial de los conflictos que pueden producirse en cualquier ámbito, mercantil o civil, nacional, internacional...” (Souto, 2013, p. 19), es decir que en principio, el defensor de familia deberá propender por mediar en el conflicto intentando llegar a una conciliación que permita establecer una regulación autonormativa del mismo, de tal manera que son las partes mismas en asesoría del defensor de familia, quienes vienen a establecer la cuota alimentaria del niño, naturalmente, el documento en que tal acuerdo deberá constar prestará mérito ejecutivo a efectos de lograr imprimirle obligatoriedad y coerción al acuerdo logrado en caso de incumplimiento.

IV. Características de la protección que brinda el defensor de familia en materia de custodia a los niños, niñas y adolescentes.

Los artículos 5 y 42 constitucional, establecen que la familia, en sus diversas formas de constituirse, es el núcleo fundamental de la sociedad y que corresponde tanto al Estado como a la sociedad ampararla y garantizar su protección integral, por lo tanto, tal protección es, en principio, de génesis constitucional, entendiendo por Constitución lo señalado como Bloque de Constitucionalidad:

El bloque de constitucionalidad se define como aquella unidad jurídica compuesta “por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”.

No obstante, esa integración es excepcional pues de lo que se trata es de definir qué hace parte de nuestra Constitución. (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T 280 A de 2016).

Teniendo en cuenta lo anterior, hacen parte del Bloque de Constitucional en materia de Protección relacionada con alimentos la Convención de los Derechos del Niño y, los demás tratados, convenios, pactos y protocolos internacionales que se han ratificado en el estado de Colombia, los cuales deben funcionar articulados con la Ley 1098 de 2006, que es el Código de Infancia y Adolescencia, y será esta la guía que el Defensor de Familia deberá atender con el propósito de lograr su cometido de proteger a los niños, niñas y adolescentes. En ese orden de ideas, el restablecimiento de derechos está constituido por todas las acciones que desarrollan las instituciones del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con el fin de restaurar la dignidad e integridad que como sujetos han de tener los niños, niñas y adolescentes, y la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados. El Código establece el

proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el medio por el cual el Estado interviene en los casos en los que hay amenaza, inobservancia o vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

El procedimiento es desarrollado por autoridades administrativas a las que les fue otorgada la competencia por esta misma norma; éstos son los Comisarios y Defensores de Familia quienes, apoyados en un equipo interdisciplinario constituido por psicólogos y psicólogas, trabajadores y trabajadoras sociales, y médicos, médicas o nutricionistas, y valiéndose de todos los medios probatorios aceptables en cualquier proceso, deben tomar decisiones que se adapten a las necesidades de cada niño, niña y/o adolescente, poniendo en marcha las medidas autorizadas para ese fin.

En materia de custodia, el Defensor de Familia puede acudir acorde al concepto 34871 de 2010 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a conciliación o Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en este caso debe señalarse que:

Es importante precisar que cuando se otorga la custodia del menor de edad a familiares u otras personas, no se trasmite la patria potestad y adicionalmente no sustrae a los padres de las obligaciones contempladas por la ley para con sus hijos. (Concept., 2010).

Así las cosas, deberá precisarse que realmente el Defensor de Familia debe procurar en todo momento la protección del menor de edad, toda vez que la custodia implica el aspecto de la convivencia del menor de edad con su círculo familiar, de lo que dependerá su estabilidad emocional. Pese a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Defensor de Familia es abogado, y que para esto debería precisar de la ayuda de un equipo interdisciplinar entre los que se encuentren psicoorientadores, que permitan asegurar que la percepción que el Defensor de Familia tiene sobre diversas situaciones en torno a los niños, niñas y adolescentes para determinar quien ostentará su custodia, sea la indicada, y que la ley debería regular el tema para proveerlo de los instrumentos necesarios para ejercer su labor.

V. Características de la protección que brinda el defensor de familia en materia de visitas a los niños, niñas y adolescentes.

El concepto 34669 de 2011 indica:

La visita es un derecho familiar del cual son titulares tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio ha de estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares; su reglamentación permite al niño conservar el afecto de sus familiares y a éstos seguir influyendo en el proceso de desarrollo integral del niño. (Concept., 2011)

Así las cosas este derecho es tal vez el más delicado y sensible de todos los derechos de que gozan hijos y padres de familia en sus relaciones, toda vez que se trata de un derecho de carácter directamente relacional, que influye en el desarrollo de la personalidad del niño, niña y adolescente, es por esto que la ley ha asignado al defensor de familia la competencia para regularlas, es decir, el defensor de familia debe decidir sobre como será ejercido el derecho de visitas por parte del padre que no vive bajo un mismo techo con su hijo, sin embargo, en todo el ordenamiento jurídico colombiano no existe una sola directriz que específicamente le indique al defensor de familia acerca de la manera en que él deberá regular las visitas del niño, sino que basado en su experiencia es que el funcionario decide acerca de esto: Ahora bien, en la actualidad el derecho a visitas deberá también entenderse extendido porque como lo indica:

Las redes sociales han invadido nuestras vidas y cada día es más frecuente ver a las personas enganchadas al móvil como si fuese una prolongación natural del brazo. La verdad es que muchas veces, sobre todo con jóvenes de cierta edad los padres tienen más relación con ellos a través del móvil que en persona. (Pérez Martín, 2020, p. 329)

Así las cosas, debería hacer parte del derecho de visitas también la posibilidad de que el niño tuviera contacto con sus padres aún a través de los medios tecnológicos virtuales, aspecto este a tener en cuenta aún en el momento de la regulación de tales visitas, lo que lleva a indicar que en la norma existen vacíos de adaptación en cuanto a las realidades actuales, pese a lo cual el Código de Infancia y Adolescencia, define que las acciones dirigidas a la garantía, a la prevención de la vulneración y al restablecimiento inmediato de derechos de niños, niñas y adolescentes, deben hacerse de manera integral, con la participación de diferentes instituciones públicas y privadas, amparadas bajo el principio de corresponsabilidad.

Las Defensorías de Familia fueron creadas por el art. 79 de la Ley 1098 de 2006, como dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su naturaleza es interdisciplinaria, por cuanto, está integrada por profesionales de diferentes áreas que como mínimo deberán contar con un Psicólogo, un Trabajador Social, un Nutricionista y un abogado quien será el Defensor de Familia (Ley 1098, 2006, art. 79), luego bien, se observa entonces que atendiendo a las características del cargo de Defensor de Familia que consisten en aquellas que se encuentran:

en el art. 82 de la ley 1098 de 2006, las cuales se refieren entre otras, a adelantar actuaciones administrativas para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; emitir conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas; conceder permiso para salir del país a los niños, niñas o adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del Juez; promover conciliaciones extrajudiciales, citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial y la

más importante por su carácter indelegable, la de autorizar la adopción en los casos previstos en la ley, entre otras. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, 2013).

Luego bien, estas funciones apuntan a establecer que el Defensor de Familia vela por los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que además son personalísimos, entendiendo por tales aquellos derechos que al tenor de la sentencia T – 439 de 2009: “hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, (...). Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas, es como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, (...)” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas, T – 439 de 2009, 2009), aspecto que permite establecer el carácter fundamental de todas las competencias del Defensor de Familia, máxime en tratándose de protección en materia de alimentos, custodia y visitas.

Sobre este aspecto, se tiene que de manera específica los Defensores de familia ejercen las siguientes funciones en materia de alimentos, custodia y visitas:

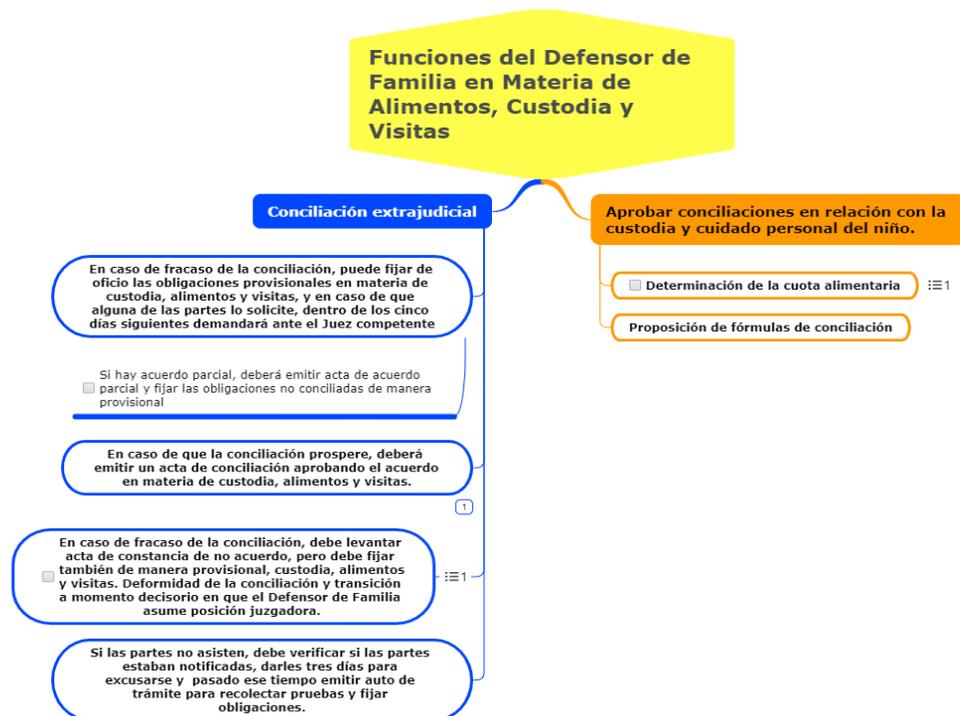


Gráfico realizado por los autores.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo indicado en el gráfico anteriormente presentado, se observa que hay un vacío legal en cuanto al procedimiento por el cual el Defensor de Familia pasa de ser conciliador a Juzgador, luego, este vacío deja a los acudientes a la conciliación en una posición en la cual será juzgado sin oportunidad de aportar pruebas para defenderse, porque en esa misma audiencia pasó de ser citado a conciliar a compareciente ante una decisión del defensor.

A pesar de lo anterior, en atención a las conciliaciones en materia de alimentos, custodia y visitas, el Defensor de Familia también desempeña las siguientes funciones:

- Adelantar la conciliación extrajudicial en materia de familia en asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.
- Aprobar las conciliaciones en relación con la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notario.
- Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre la conciliación

Así las cosas estas funciones concretan la función principal de la Defensoría de Familia que es prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo cual, sus conceptos emitidos tendrán el carácter de dictamen pericial y servirán como material probatorio al Defensor de Familia en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos para definir la situación legal de los niños, niñas y adolescentes.

VI. Falencias acerca de las funciones de los defensores de familia en materia de alimentos, custodia y visitas.

El defensor de familia desempeña una función fundamental para la fijación de alimentos, custodia y visitas, la cual procura por lograr

No basta con señalar dentro de las funciones del defensor de familia el hecho de que éstas sean en materia de alimentos, custodia y visitas, sino que se hace necesario precisar de manera más detallada en qué consisten tales funciones debido a la amplitud de estos derechos que a la vez revisten obligaciones consigo.

Ahora bien, es menester precisar que la actual regulación en materia de alimentos, custodia y visitas se encarga de definir los conceptos de alimentos, los sujetos a quienes se deben alimentos, los sujetos que deben alimentos, las clases de alimentos debidos, la prelación alimentaria, la tasación alimentaria según la cual ésta debe “tomarse en consideración a las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas” (Ley 84, 1873, Art. 419), la duración de la obligación, se deja a consideración del juez la regulación de la forma y cuantía en que se prestarán los alimentos, se establece la intransmisibilidad e irrenunciabilidad del derecho de pedir alimentos. En cuanto a la regulación de visitas, según lo establece el concepto 000150 del 18 de Diciembre del 2017, proferido por el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar:

En Colombia no existe una regulación específica sobre la reglamentación de las visitas por parte del padre no custodio frente a sus hijos o hijas de corta edad.

Sin embargo, (...) deberán tener en cuenta las condiciones especiales que exige su crianza, garantizando siempre que la reglamentación que se establezca, priorice el interés superior de los niños y niñas involucrados, (...).

Así las cosas, tendrán entonces que tomarse en consideración circunstancias tales como la edad exacta del niño o niña, su condición de lactante o no, su grado de autonomía e independencia, el entorno social o familiar que lo rodea, el tiempo de disponibilidad del padre o la madre para brindarle el debido cuidado y atención a su hijo, las facilidades con las que éstos cuenten para atenderlo, etc (Concept., 2017)

Acorde a lo antes señalado, se tiene entonces que de manera efectiva no se cuenta con una regulación específica en materia de reglamentación de las visitas, que lo que se tiene en realidad son unos criterios orientadores para fijar tal situación, aspecto que evidentemente resulta preocupante dadas las implicaciones del derecho de visitas, y de todo lo que éste entraña pues como lo señala el concepto anteriormente mencionado, las visitas comprenden logística, tiempo de atención al niño (a), posibilidad de salidas, posibilidad de pernocta con el visitante, y lo mismo ocurre con el régimen de custodia, aspecto sobre el cual la Ley 1098 de 2016 señala:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales. (Ley 1098, 2006)

En consecuencia, en el caso de la custodia, la regulación tampoco señala de manera exacta unos criterios de fijación. Es más, incluso la Corte Constitucional de Colombia reconoce esta falencia y en este caso lo que sucede es que señala una posibilidad, así:

Si bien en Colombia no existe una regulación integral sobre la figura de la custodia compartida como una institución del derecho de familia y de menores, lo cierto es que a partir del entendimiento sistemático de disposiciones constitucionales (art. 5, 42, 44 y 93 de la C.P.), legales (art. 253 del Código Civil y arts. 8, 10, 14 y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia) y convencionales (en especial, Convención sobre los Derechos de los Niños), es viable afirmar que los padres pueden suscribir acuerdos de custodia compartida en tanto les corresponde de consuno la obligación del cuidado personal, crianza y educación de los hijos comunes menores e impedidos. Tales acuerdos de custodia compartida, que deberían convertirse en la regla general (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, T-384/18, 2018)

Es decir, la Alta Corte reconoce la ausencia de regulación integral sobre la custodia, y sugiere opciones de viabilidad para la misma, partiendo de la base de estructuración de acuerdos en torno a tal temática, luego si bien el Defensor de Familia tiene de manera expresa la facultad de aprobar conciliaciones en materia de custodia, no se le señala al mismo una guía para que en su calidad de conciliador pueda realizar sugerencias de propuestas viables con este propósito, es decir, no existe un manual, una regulación o guía que le permita señalar de manera certera al defensor de familia cómo debe este establecer la fórmula de conciliación sugerida, pese a lo anterior, se señalan unos criterios orientadores para poder ayudar de alguna manera al defensor de familia a realizar su labor, dentro de los mismos se encuentran el señalado en el Concepto 144 de Noviembre 23 de 2017:

El padre que ostente la custodia y el cuidado personal de su hijo menor de edad, debe garantizarle a éste su derecho fundamental a las visitas de su otro progenitor, quien también tiene el deber de mantener la relación afectiva con éste. (Concept., 2017).

Con lo cual se señala la necesidad de que como criterio orientador para fijar las visitas y la custodia y cuidado personal del menor de edad, se tenga el hecho de garantizar las visitas del otro progenitor, claro está que las mismas deben hacerse bajo los márgenes del respeto a los derechos del niño, de este modo, es evidente que un padre no podrá acceder al derecho a visitar a su hijo si incumple con sus obligaciones paternas, o si representa un peligro que amenace la integridad personal, psicológica y aún sexual del menor de edad.

En atención a lo anteriormente señalado, se establecerá entonces que existe un criterio fundamental para fijar decisiones sobre estos sensibles temas de alimentos, custodia y visitas cual es el interés superior del niño, niña o adolescente, que según la Ley 1098 de 2006:

"ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes." (Ley 1098, 2006)

Por lo que le corresponde al Defensor de Familia la labor de medir y percibir cuál es ese interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes en ese momento en que vaya a fijar alimentos, custodia, cuidado personal y visitas, este panorama adentra al funcionario al terreno de la incertidumbre, toda vez que ya atañe a aspectos de percepción que el mismo pueda tener de los padres del niño, niña o adolescente para el fijar los alimentos, custodia y visitas, ahora bien, ocurre que es falla del sistema legal que además se ha trasladado al terreno de la regulación internacional, de hecho, en el Convenio de la Haya suscrito por Colombia se indica en cuanto al Derecho de custodia: "el derecho relativo al cuidado de la persona del menor" al margen de los posibles mecanismos de protección de sus bienes" (Convenio de la Haya, 1980), es decir, se deja en claro que la custodia se circunscribe al cuidado personal del menor, lo cual en comparación con la manera en que dicha institución es entendida en Colombia, es ciertamente restrictivo, pues la custodia en el caso colombiano se extiende a la convivencia con el menor, la tenencia del menor en posesión de los padres.

Con todo, el Estatuto Integral del Defensor de Familia concuerda en señalar como funciones propias del Defensor de Familia la aprobación de las conciliaciones con relación a la custodia y cuidados personales del niño, en materia de divorcio sobre la custodia del niño y aún incluye lo que se llama "Régimen de Visitas" (Estatuto Integral del Defensor de Familia. 2019), sin embargo no se describe cuáles serían las reglas de tales regímenes y cómo operarían los mismos, dejando así al defensor de familia en un plano de autonomía para estructurarlas.

Se hace necesaria una mayor precisión respecto de los momentos en que el defensor de familia pasa de ser conciliador a autoridad decisoria en materia de alimentos, custodia y visitas.

VII. Importancia de la protección que debe brindarse a los menores de edad.

El Concepto Unificado 27891 de 9 de Julio de 2010 del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar señala:

A partir de la Constitución de 1991, en virtud al preámbulo y la consagración de los derechos de los niños en el artículo 44, los menores de edad se convierten en sujetos de derechos, considerados como seres en desarrollo que poseen dignidad integral.

(...)

No se utilizan las expresiones menor o pequeño, desechando toda pretensión de inferioridad, permitiendo que los niños se consideren como titulares de los mismos derechos que gozan los adultos. No obstante, se les considera como seres vulnerables y por lo tanto son los sujetos más importantes en el ordenamiento jurídico. (Concepto Unificado 27891, 2010)

Por ello, pretende protegerse a personas que son sujetos de derecho por orden constitucional, pues son entendidos como seres en desarrollo que poseen dignidad integral, esta protección tiene sus orígenes en la Constitución Política de Colombia y se convierte en la guía que rige toda institución que propenda por proteger a los menores de edad.

Por otra parte, se considera trascendental dicha protección por tratarse del tejido social que compone la sociedad en calidad de menores de edad, personas en vulnerabilidad, entendiendo la misma como: “La vulnerabilidad es entendida como “...un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidad de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas o internas” (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, T-244/12, 2012), luego, teniendo en cuenta las probabilidades reales en que se encuentran los menores de edad de padecer heridas, lesiones o daños, la cual es elevada en atención a que al ser menores de edad, personas en formación, no poseen las herramientas necesarias para defenderse en la vida, sino que están en proceso de adquisición de las mismas, además del hecho de que su percepción sobre la vida y el mundo es aún muy limitada, condicionada por la madurez cerebral y conductual entre otras, es por lo tanto que se impone la necesidad de proteger a los menores de edad, aspecto con origen constitucional y de amplio desarrollo a nivel internacional a través de tratados ya citados además.

En adición a lo anterior, se tiene que dentro de los objetivos del desarrollo sostenible, aspectos que han sido también adoptados por la Legislación Colombiana que trabaja en un engranaje con estas materias se señala: “2. Poner fin al hambre y lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición” (UNICEF, 2017), aspecto que atañe a todas las autoridades del país, y en el que la función del defensor de familia es de especial trascendencia pues de manera efectiva, con su intervención se logra que los niños accedan a la alimentación requerida por ellos desde sus tempranas épocas de infancia para su desarrollo.

En lo que atañe a la protección al menor de edad, entiéndase por tal: niños, niñas y adolescentes, sucederá que la misma es pluridimensional, es decir, se protege a estas personas en atención al nivel de desarrollo en que se encuentran sus vidas, que probablemente influirá en ellas cuando

tengan la calidad de adultos, y se les protege en sus áreas físicas, sexuales, psicológicas, alimentarias, entre otras. Con este propósito se precisa señalar que cuando se trata en materia de alimentos, custodia y visitas, los menores de edad ven relacionados con estos temas sus aspectos del siguiente modo: La protección alimentaria tiene una influencia clara en la psiquis y el desarrollo corporal e intelectual de los niños, la custodia tiene como implicaciones las relaciones paterno-filiales existentes entre los involucrados, las asociaciones de autoridad y los sentimientos de protección que generan en el menor de edad la posibilidad de desarrollarse en la adultez como alguien capaz de afrontar la vida, y las visitas, que para el caso de los menores de edad que no conviven con sus padres sino que viven con uno de los padres, les permite afianzar su autoestima, así como también su pertenencia al núcleo familiar, aspectos que se convierten en clave que permite el desarrollo de las personas.

VIII. Importancia de establecer una regulación específica que delimite los criterios que debe asumir el defensor de familia al momento de decidir en materia de alimentos, custodia y visitas.

Los derechos de alimentos, bajo el enfoque de este artículo, son derechos que atañen directamente al menor de edad, en cuanto a custodia y visitas, si bien, en principio podría parecer que los mismos pertenecen a los padres del niño, niña o adolescente, debe comprenderse que el trasfondo de tales instituciones es como explica el concepto 78 de 2013:

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 23 al referirse a la custodia y cuidado personal, la presenta como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento. (Concepto 78, 2013)

Lo anterior entonces permite indicar que realmente estos derechos no pertenecen a los padres, sino que su fin último es de protección al niño, niña o adolescente, y que revisten una importancia clave porque se refieren al desarrollo de quienes en el futuro deberán ser adultos útiles a sí mismos, a la sociedad, independientes, seguros y bien estructurados, capaces de afrontar la vida y todas sus alegrías y vicisitudes. Por lo que en realidad estos derechos de custodia y visitas inciden directamente en el desarrollo de la persona, son derechos relacionales que interferirán directamente en la manera como los futuros adultos perciban la realidad, y se desenvuelvan en la vida. Lo propio sucede con los derechos alimentarios, teniendo en cuenta que si bien se refieren a los aspectos materiales, contribuyen con el pleno desarrollo del menor de

edad. Por consiguiente, dado que el ejercicio de estos derechos realmente tiene un impacto psicológico que puede definir la vida y aún la personalidad del menor de edad, no puede dejarse librado al azar su determinación, máxime cuando el defensor de familia es un abogado, no un psicólogo.

Por ende, más allá de toda consideración sobre este particular, debe establecerse que se hace necesario un llamado al Congreso de la República de Colombia para que proceda a señalar una normativa que regula estas materias. Con tal propósito, debe conformarse una comisión multidisciplinaria que permita ser un apoyo para el órgano legislativo y que supla sus falencias en cuanto a aspectos psicológicos, que la determinación de estas temáticas tiene en la vida de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que este tipo de decisiones no puede ser tomada únicamente por un conjunto de profesionales en un solo ramo del conocimiento.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado deberán aplicarse criterios orientadores para esta labor, tales como la señalada en el artículo 14 inciso Primero del Código de Infancia y Adolescencia:

ARTÍCULO 14. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. 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. (Ley 1098 de 2006)

Aspecto que va a permitir señalar la ruta a seguir para establecer la regulación de estos aspectos, si se tiene en cuenta que todo el desarrollo en cuanto a alimentos, custodias y visitas del menor de edad realmente es una manifestación de la responsabilidad parental, que viene a ser un complemento de la patria potestad, pero cuyo trasfondo realmente es lograr el acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes con miras a lograr su protección.

Ahora, se tiene que el derecho de alimentos, como lo señala tiene un contenido:

El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente:

- la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada.
- la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos (Cuad. De Trab., p.4)

Es precisamente ese contenido el que debe proceder a ser regulado por el derecho o por lo menos, debe dársele al Defensor de Familia una guía que permita una orientación en su actuar para

conceder tales alimentos, pues en la actualidad la tasación alimentaria se señala basado en los ingresos económicos del padre responsable de la misma, no se tiene en cuenta de manera real las necesidades del alimentario, siendo esto así, no se logra entonces los fines constitucionales de protección a los niños, niñas y adolescentes en esta materia.

IX. Conclusión.

Detectado el vacío legislativo existente en cuanto al establecimiento específico de regulación de las funciones del Defensor de Familia en materia de alimentos, custodia y visitas, se hace necesario precisar la urgencia para el poder Legislativo de establecerlas bajo el criterio de utilidad para el mejor ejercicio de la función del Defensor de Familia y también para proteger de una mejor forma a los niños, niñas y adolescentes.

Con tal propósito debe tenerse en cuenta criterios orientadores que propendan por lograr tal fin, es decir, señalarle al defensor de familia de manera clara y precisa los aspectos a tener en cuenta para él poder tomar este tipo de decisiones. Tales competencias le corresponden al Poder Legislativo colombiano para orientar la labor del defensor de familia, sin embargo, para ello debe además apelar a un equipo multidisciplinar que asesore en esta materia, conformado por psicólogos, pedagogos, orientadores, abogados en familia, entre otros, que puedan asesorar adecuadamente en materia de fijación de términos de visita, custodia, alimentos, en armonía con la protección al niño, niña o adolescente en sus diversas esferas vitales alimentarias, entendiendo como tales congruos y necesarios, y además las percepciones psicológicas que de estas situaciones puedan tener los menores de edad.

Debe siempre tenerse presente que estos derechos realmente afectan a los menores de edad, por lo tanto, al revestir tal delicadeza se agudiza aún más la necesidad de que el Poder Legislativo señale una regulación al respecto o al menos conceda criterios orientadores según los cuales éstos puedan fijarse.

Es preciso expresar que al persistir este vacío legal, el Defensor de Familia queda ubicado en una laguna de difícil sorteo, en la que debe decidir aspectos delicados prácticamente acorde a las reglas de la experiencia, las cuales según la Corte Suprema de Justicia:

se construyen sobre hechos, cuya cualidad es su repetición frente a los mismos fenómenos bajo determinadas condiciones, para que así puedan ser tenidas como el resultado de prácticas colectivas sociales

que por lo consuetudinario se repiten dadas las mismas causas y condiciones y producen con regularidad los mismos efectos y resultados. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 73262016 (45585), 2016)

Sin embargo, debido a la delicadeza de la determinación de los alimentos, custodia y visitas, no es de recibo que sean éstas las que definan el actuar del defensor de familia, sino que debe ser la ley la que trace el camino que deben seguir los defensores de familia con miras a realizar su labor. Además de lo anterior, tal vacío se expresa en el doble rol que debe desempeñar el defensor de familia cual es de conciliador y juez, toda vez que una vez ha fracasado el procedimiento de la conciliación, procede un juicio por parte del Defensor de Familia al citado porque procederá a serle impuesta la cuota alimentaria sin la posibilidad de aportar pruebas para defenderse en este sentido, luego bien, este momento preciso de cambio se encuentra sin regulación legal que lo guíe, pues prácticamente el defensor de familia llega a asumir una posición inicial como conciliador y luego una posición final como juez, en caso de que las partes concilien para lo cual aprueba conciliación, y de no ser así, entonces será su fórmula de arreglo la que se imponga entre las partes, desempeñando así una doble función que debe ser regulada en cuanto a momentos y criterios de atención.

Bibliografía

Concepto Unificado 27891 de 2010. [Concept.]. (9 de Julio de 2010). [2010]. Recuperado de Archivo Interno del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar ICBF.

Concepto 34669 de 2011. [Concept.]. (26 de Agosto de 2011). [2011]. Recuperado de Archivo Interno del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar ICBF.

Concepto 78 de 2013. [Concept.]. (25 de Junio de 2013). [2013]. Recuperado de Archivo Interno del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar ICBF.

Concepto 26 de 2014. [Concept.]. (5 de Marzo de 2014). [2014]. Recuperado de Archivo Interno del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar ICBF.

Concepto 144 de 2017. [Concept.]. (23 de Noviembre de 2017). [2017]. Recuperado de Archivo Interno del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar ICBF.

Concepto 000150 de 2017. [Concept.]. (18 de Diciembre de 2017). [2017]. Recuperado de Archivo Interno del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar ICBF.

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (26 de mayo de 1873). Artículo 419. [Título XXI]. *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. [Ley 84 de 1873]. DO: 2867.

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Artículo 79. [Título II]. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. [Ley 1098 del 2006]. DO: 46.446.

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (7 de Julio de 2009) Sentencia T – 439 de 2009. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (26 de marzo de 2012). Sentencia T – 244 de 2012. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (20 de septiembre de 2018) Sentencia T – 384 de 2018. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (27 de mayo de 2016) Sentencia T 280 A de 2016. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (1 de junio de 2016) Sentencia SP7326-2016 [M.P. José Luis Barceló Camacho].

Cuadernos de Trabajo sobre el Derecho a la Alimentación. [Cuad.]. (2013). 1 ed. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO).

Estatuto Integral del Defensor de Familia. (31 de Diciembre de 2019). [2019].

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. (13 de Febrero de 2013). [Memorando]. *Concepto jurídico sobre la competencia subsidiaria del Comisario de Familia para diligencias o trámites judiciales en los municipios donde no hay Defensor de Familia.* [Concepto 26 de 2013].

Jiménez-Barros, R. (2012), Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia ¿Conciliador o Juez?. *Revista Vniversitas*, 61(124), [p. 169 – 199]. Doi: 10.11144/Javeriana.vj61-124.ndfc

Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 1946). Art. 5. [Jurisdicción de Menores]. *Ley Orgánica de la Defensa del Niño.* [Ley 83 de 1946]. DO: <AÑO LXXXII. N. 26363. 24, Febrero, 1946>

Convenio de la Haya [Convenio]. (1980).

Presidente de la República de Colombia. (7 de Octubre de 1989). Art. 11 [Capítulo II]. *Por el cual se organiza la Jurisdicción de Familia, se crean unos Despachos judiciales y se dictan otras disposiciones.* [Decreto 2272 de 1989]. D.O. <39.012>.

Pérez Martín, A. (2020). *Tendencias Legislativas y Jurisprudenciales en Derecho de Familia.* In E. Roca i Trias, J. Seijas Quintana, E. Santana Páez, G. López Ebri, Á. Rebolledo Varela & C. Marín Pedreño et al., *Especialidades en Derecho de Familia* (1st ed., p. 329). Dykinson. Retrieved 16 November 2020.

Treviño Pizarro, M. C. (2017). *Derecho familiar.* IURE Editores. <https://ezproxy.unisimon.edu.co:2258/es/lc/unisimon/titulos/40209>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF. (30 de septiembre de 1990). *Convención sobre los Derechos del Niño.* 1946. (corregir esta cita con el manual apa de la simon, las demás están corregidas)

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF. (2017). *Construir el futuro: Los niños y los objetivos de desarrollo sostenible en los países ricos*. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/publications/index_96413.html

Pérez Martín, A. (2020). Tendencias Legislativas y Jurisprudenciales en Derecho de Familia. In E. Roca i Trias, J. Seijas Quintana, E. Santana Páez, G. López Ebri, Á. Rebolledo Varela & C. Marín Pedreño et al., *Especialidades en Derecho de Familia* (1ª. ed., p. 329). Dykinson.

Souto Galván, E. (2013). *Mediación familiar*. Dykinson.