

ENFOQUE DIFERENCIAL DE GÉNERO EN JUZGAMIENTO DEL DELITO DE EJERCICIO ARBITRARIO DE CUSTODIA DE MENOR DE EDAD EN COLOMBIA

Differential gender approach in judging the crime of arbitrary exercise of custody of minors in Colombia.

Autor:

*Carlos Augusto Herrera Ahumada
carlosconciliador2015@outlook.com*

Universidad Libre de Colombia, Sede Barranquilla.

Resumen

En el presente documento académico se estableció como objetivo general exponer la indebida aplicación de un enfoque diferencial de género en favor de la mujer en la judicialización del delito de ejercicio arbitrario en custodia de menor de edad en Colombia. Lo anterior en el entendido, que una de las prácticas comunes en lo referente al tratamiento judicial ofrecido al citado delito es favorecer los intereses de la madre por encima de los derechos del padre y del hijo, lo que obviamente constituye una vulneración del derecho a la igualdad entre progenitores y el derecho del niño o niña de tener una familia y no ser separado de esta. A tal efecto, resulta necesario que desde la academia se explore el porqué de dichas prácticas y se generen contenidos dogmáticos encaminados a denunciarla y reprocharla. La conclusión arrojada por el presente ejercicio establece que los criterios a tener en cuenta por los fiscales y jueces en el momento de judicializar dicho tipo penal son el derecho a la igualdad y el interés superior del menor. La metodología usada para la presente iniciativa académica es jurídica, de tipo descriptiva y con un enfoque cualitativo.

Palabras clave: Custodia; Derecho a la igualdad; Enfoque diferencial de género; Poder punitivo.

Abstract

The general objective of this scientific article was to expose the improper application of a differential gender approach in favor of women in the judicialization of the crime of arbitrary custody of minors in Colombia. The above is understood to be that one of the common practices regarding the judicial treatment offered to the aforementioned crime is to favor the interests of the mother over the rights of the father and the child, which obviously constitutes a violation of the right to equality between parents and the right of the child to have a family and not be separated from it. To this end, it is necessary for the academy to explore the reasons for these practices and generate dogmatic content aimed at denouncing and reproaching them. The conclusion drawn by this exercise establishes that the criteria to be taken into account by prosecutors and judges when prosecuting said type of crime are the right to equality and the best interests of the minor. The methodology used for this academic initiative is legal, descriptive and with a qualitative approach.

Keywords: Custody; Right to equality; Gender differential approach; Punitive power.



INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional colombiano exige que todo niño pertenezca a una familia de la cual no puede ser separado. Dicho mandato se fundamenta en la necesidad de promocionar los derechos del niño o niñas, lo que es posible solo si estos se despliegan, expresan y crecen en el interior del seno familiar.

El derecho del niño, niña y adolescente de pertenecer a una familia y no ser separado de esta se mantiene incólume o activo incluso en escenarios como el divorcio o separaciones entre los padres. A tal efecto, el legislador solemnizó figuras como la custodia, cuidado personal y régimen de visitas, para garantizar a ambos progenitores un contacto constante, continuo y suficiente con sus hijos e hijas menores de edad.

Contrario a lo ordenado por la norma, en algunas ocasiones algunos padres que controlan la custodia del hijo o hija obstaculizan al otro padre la posibilidad de tener contacto con el menor de edad. Lo anterior constituye una vulneración al derecho del niño de tener una familia y no ser separado de esta.

Con miras a mitigar la descrita práctica indebida, el legislador solemnizó el delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad, el cual reprocha el acto del padre de sustraer o impedir al otro padre tener cualquier clase de contacto con su hijo o hija mediante el instituto de régimen de visitas.

La doctrina y jurisprudencia colombiana han sido reiterativas en afirmar que la judicialización del citado tipo penal requiere la invocación del principio y derecho a la igualdad, más específicamente en lo relacionado con la igualdad entre padres frente a los derechos de sus hijos, y el derecho de los niños a mantenerse en la unidad familiar.

Contrario a lo plasmado, se ha vuelto una tendencia en el interior de la práctica judicial que fiscales y jueces apliquen un indebido y sobranse enfoque diferencial de género para la resolución de la citada controversia en favor de la mujer, siendo necesario que desde la academia se denuncie dicha práctica con miras a impedir un deterioro de los derechos del padre y el hijo.

Con fundamento en lo plasmado, el problema jurídico a examinar en el presente artículo científico gira en torno a la divergencia de lo ordenado por la norma y lo efectuado en la práctica material judicial, puesto que ninguna disposición normativa y jurisprudencial permite o autoriza que se aplique un enfoque diferencial de género en favor de la mujer en tales debates. La descrita controversia conlleva a la formulación de la pregunta problema.

¿Cómo la aplicación de un enfoque diferencial en favor de la mujer en la judicialización del delito de ejercicio arbitrario en custodia de menor de edad constituye una vulneración a los derechos e intereses del niño y el padre afectado?

Para dar respuesta al presente interrogante, será necesario desplegar un proceso de fundamentación teórica encaminado a descartar el soporte de dicha tendencia de la práctica judicial colombiana.

Al respecto, León Victoria (2022) los procesos de judicialización del delito de ejercicio arbitrario de custodia de menor de edad, deben llevarse a cabo únicamente invocando el principio de interés su-

perior del menor. A tal efecto, aplicar un arbitrario e injustificado enfoque diferencial de género conllevaría a un deterioro de los derechos del niño y el padre afectado

Así mismo, García Tovar et al. (2024) expone que el delito de ejercicio arbitrario de custodia es ubicado en los tipos penales que lesionan el bien jurídico a la familia, siendo la familia y el bienestar del niño o niña el principal criterio a tener en cuenta en el momento de tipificar y sancionar el comportamiento. Es así, que no resultan admisibles la invocación de cualquier otra clase de criterio con capacidad de promover desigualdad en la decisión.

Una vez examinados y revisados los criterios a tener en cuenta con miras a sustanciar la hipótesis del presente documento académico, se generará la materialización del presente objetivo general exponer la indebida aplicación de un enfoque diferencial de género en favor de la mujer en la judicialización del delito de ejercicio arbitrario en custodia de menor de edad en Colombia.

El anterior cometido fue llevado a cabo mediante una metodología jurídica, de tipo descriptiva y con un enfoque cualitativo basado en la revisión documental.

METODOLOGÍA

El presente artículo científico fue llevado a cabo mediante una metodología jurídica, de tipo descriptiva y con un enfoque cualitativo basado en la revisión documental. Es así, que la consulta de información de tipo normativa, jurisprudencial y doctrinaria emerge como la principal herramienta para sustanciar los resultados, conclusiones y recomendaciones de la misma.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. La familia, su importancia y protección en el Estado social de derecho colombiano.

La familia es una institución natural de relevancia histórica, sociológica y jurídica, es el instituto que recopila y unifica personas que pertenecen a un mismo linaje o estirpe, pudiendo dichos vínculos ser de tipo sanguíneo, civil y afinidad. Los miembros de una familia son portadores de derechos y obligaciones entre ellos. Dada la relevancia de la familia para el correcto desarrollo de los seres humanos, la entidad se encuentra sometida a una especial regulación y salvaguarda jurídica.

En el marco del derecho nacional, la Constitución posiciona la familia como la entidad más trascendental de la sociedad colombiana, siendo necesaria la estructuración de una diligente plataforma jurídica destinada a defender los intereses de las familias. Acorde al Constituyente, la integridad, unidad, intimidad y subsistencia de la familia son potestades inalienables.

La familia, su alcance y elementos han sido objeto de un prolífico estudio en el marco de la doctrina jurídica, siendo estas algunas de las entradas que componen dicho estado del arte.

En palabras de Gómez Jiménez (2024) la familia es la más importante y relevante institución social, siendo el conglomerado que unifica a personas que comparten la misma identidad genealógica. Dicha asociación es la base para el surgimiento de derechos y obligaciones entre sus miembros, siendo igualmente necesario que el Estado adopte medidas político jurídicas con miras a empoderar los intereses familiares.

La temática es igualmente abordada por Alarcón y Alza (2023) quien afirma que desde los orígenes de la humanidad el hombre siempre ha buscado la forma de asociarse o vincularse con sus pares. En dicho panorama la familia emerge como una institución primigenia y original que unifica a personas con base a la identidad genealógica y afinidad entre sus miembros.

Siguiendo con dicha línea de pensamiento, Perilla Granados (2024) expone que la familia es la más relevante de todas las instituciones sociales, dicha importancia se fundamenta en la necesidad que ostentan los seres humanos de pertenecer a una asociación ligada a su identidad y afinidad. Por tal razón, las familias son destinatarias de una especial protección y salvaguarda jurídica.

Finalmente, Padilla y Guachetá (2024) explica que muchos de los derechos y libertades de las personas dependen de su pertenencia activa a unidades familiares, siendo este uno de los principales argumentos con miras a posicionar la familia como una institución de vital relevancia e importancia. El autor también insiste que el modelo de familia genealógico está siendo replanteado, existiendo en la actualidad una infinidad de modelos que dan origen a diferentes formas de familia.

Conexo a lo plasmado por la academia, la jurisprudencia colombiana también ha expedido contenido relacionado con la familia, siendo estas algunas de las entradas relevantes de dicha línea jurisprudencial.

En sentencia T-105 de 2020, la Corte explica que el concepto de familia ha evolucionado a lo largo de los años con miras a adaptarse a las exigencias axiológicas de un Estado social de derecho. A tal efecto, si bien originalmente la familia era concebida como un instituto encaminado a agrupar o asociar seres humanos que compartían la misma carga genética, en la actualidad el concepto de familia se ajusta más a postulados como la diversidad y el pluralismo, siendo básicamente una institución socio afectiva que garantiza un mínimo de derechos a sus miembros (Sentencia T – 105, 2020).

La temática es nuevamente abordada en la sentencia C-296 de 2019, la cual conceptualiza la familia como una unidad de personas afiliadas bajo vínculos de solidaridad, amor, respeto y unidad. La jurisprudencia ha sido igualmente incisiva en explicar que todas las diferentes formas y modelos de familia son destinatarios de la misma protección jurídica (Sentencia C-296, 2019).

Posteriormente, la misma providencia resalta el mandato constitucional que ordena el posicionamiento de la familia como la institución social más importante o relevante del Estado social de derecho colombiano, siendo dicha categorización la base para el ofrecimiento de una protección jurídica eficiente (Sentencia C-296, 2019).

Complementando lo plasmado, la sentencia de radicado T-376 de 2023, expedida por la misma corporación judicial, expone que, tanto en el derecho internacional como en el derecho colombiano, se ha adoptado un concepto amplio de familia, es decir, una categorización que supera la simple asociación genealógica entre sus miembros, siendo posible la fundación de familias con base en la voluntad de sus miembros.

Finalmente, la sentencia reitera que todas las formas de familia son destinatarias de la misma protección y salvaguarda jurídica, lo anterior independiente de la naturaleza de la institución, lo que incluye las familias parentales y genealógicas, familias de crianza, familias homoparentales y otras.

En conclusión, del presente apartado, la familia es una institución social de vital importancia y relevancia en el marco del derecho, siendo el instituto que permite la asociación o agrupación de seres humanos con base a la carga genealógica de estos y otros vínculos de afinidad.

La familia es una institución que ha estado presente desde los orígenes de la humanidad, por tal razón, es considerada por el constituyente nacional como la institución básica de la sociedad colombiana. Los miembros de las familias son portadores de derechos, libertades y obligaciones para con sus pares.

La familia está sujeta a una especial protección y salvaguarda jurídica, la cual aplica para todas las diferentes formas de familia. En la actualidad la doctrina y la jurisprudencia colombiana han adoptado un concepto amplio de familia, el cual no solo aplica para vínculos parentales, sino que también incluye dinámica como la familia de crianza, la familia homoparental y otras.

La familia ostenta especial importancia cuando se involucran los intereses y necesidades de hijos e hijas menores de edad. A tal efecto, el Constituyente y el Legislador solemnizaron el derecho de los niños y niñas de pertenecer a una familia y no ser separados de esta, siendo esta la base para el surgimiento de institutos como la custodia compartida, el régimen de visitas y otros.

2. El derecho de los NNA de pertenecer a una familia y los institutos de custodia compartida, cuidado personal y régimen de visitas a menores de edad.

La Constitución Política de Colombia de 1991 estableció que los niños, niñas y adolescentes son portadores de derechos fundamentales generales y particulares, los primeros son aquellos predicables en un plano de generalidad y universalidad a la totalidad de los ciudadanos, los segundos son aquellos que aplican exclusivamente para menores de edad, siendo una de estas potestades el derecho a pertenecer a una familia y no ser separado de esta.

El citado derecho establece que todo niño, niña y adolescente, desde su nacimiento, se encuentra vinculado genealógica y socialmente a una unidad familiar, estando sus progenitores obligados a empoderar, promover y materializar un goce efectivo de sus derechos y libertades. Por tal razón, ningún niño debe ser desvinculado, alejado o separado de su familia.

En sentencia de radicado T-536 de 2020, la Corte explica que por mandato constitucional los niños, niñas y adolescentes son portadores de derechos particulares y especiales, muchos de los cuales solo pueden hacerse efectivos mediante la intervención de sus progenitores. A tal efecto, ningún menor de edad puede ser separado de su hogar sin que se configuren lesiones sobre sus intereses y necesidades.

Posteriormente, la corporación expone que dicha potestad no es exclusiva de las familias biológicas o parentales, siendo también exigible que, en el marco de las familias de crianza, se proteja la continuidad en la pertenencia de un niño, niña o adolescente a su hogar. Es decir, la potestad de no ser separado de su familia (Sentencia T – 536, 2020).

La temática es nuevamente abordada en sentencia T-102 de 2023, en la cual la Corte reitera que uno de los principales derechos de la infancia y adolescencia es la garantía de pertenecer a una familia de la cual no pueden ser separados. La Corte insiste que los niños, niñas y adolescentes son merecedores o destinatarios de especial cuidado, protección y amor, potestades que solo pueden ser materializadas mediante la pertenencia activa a un hogar (Sentencia T-102, 2023).

Finalmente, la sentencia de radicado T-181 de 2023, reconfirma que los niños, niñas y adolescentes deben crecer y desarrollarse en un entorno que ofrezca garantías de cuidado, protección y amor, siendo el escenario más idóneo para dicho cometido el seno de su familia. Por tal razón, ningún menor puede ser desarraigado de su hogar sin que se genere una afectación sistemática del resto de sus derechos y libertades (Sentencia T-181, 2023).

Complementando su postura, la providencia posteriormente aclara que el derecho de los niños, niñas y adolescentes de pertenecer a una familia y no ser separados de esta es una potestad que se predica frente a los hijos y los padres, es decir, ningún niño debe ser alejado de sus progenitores, y, ningún progenitor debe ser obstaculizado de la posibilidad de mantener contacto con sus padres. (Sentencia T-181, 2023)

Para concluir, la providencia explica que el derecho a tener una familia y no ser separado de esta no es una potestad absoluta, siendo posible que se aleje a los niños, niñas y adolescentes de sus padres, cuando estos no ofrecen garantía de debido y correcto cuidado y protección de los derechos e intereses de los menores de edad.

El derecho a tener familia y no ser separado de esta también ha sido objeto de un prolífico estudio en el interior de la academia, siendo estas algunas de las entradas más relevantes de dicho estado del arte.

En palabras de Duque (2021). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho internacional de la infancia y adolescencia y el constitucionalismo colombiano* ordenan que los niños, niñas y adolescentes crezcan y se desarrollen en un espacio o escenario que ofrezca garantías de cuidado, amor y protección. Por tal razón, los menores no pueden ser alejados o desvinculados de sus hogares, salvo que concurren circunstancias que motiven dicho emprendimiento.

Similar apreciación es plasmada por Pérez-Calderón (2021) quien afirma que solo en el seno de las familias los niños pueden recibir el cuidado, atención y amor necesario para su correcto y efectivo desarrollo. Es así, que cuando un menor es separado de su hogar, se puede generar un deterioro de sus derechos e intereses super especiales y particulares.

Complementando lo plasmado, Jelin (2022) afirma que la identidad familiar que conlleva a la pertenencia de un hogar en un instituto que no puede o debe ser quebrantado fácilmente. Por tal razón, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de pertenecer a una familia de la cual no pueden ser separados, insistir en estos conllevaría a un deterioro de sus derechos e intereses.

Finalmente, Sánchez-Reyes (2019) expone que el derecho de pertenecer a una familia y no ser separado de esta es una potestad que se predica no solo de los hijos o hijas menores de edad, sino también frente a sus padres. A tal efecto, tanto padre como hijo tienen derecho al contacto constante del uno con el otro, facultad que se mantiene incluso en escenarios como divorcios y separaciones.

Como lo explica el último doctrinario, la unidad familiar que vincula a padres con hijos se mantiene incluso ante la ruptura de la convivencia por parte de la pareja cuya unión dio origen a la familia. Por tal razón, ante el advenimiento de escenarios como divorcios o separaciones entre los padres, dicha ruptura no debe interpretarse como un distanciamiento entre progenitores e hijos, siendo necesaria la configuración de medidas como la custodia compartida y el régimen de visitas.

Al respecto, Gutiérrez Carvajal (2020) expone que la ruptura del vínculo de pareja no conlleva a una inmediata y absoluta ruptura de la unidad familiar, es así, que la Ley garantiza a los hijos e hijas, menores de edad, conservar contacto con ambos progenitores mediante institutos como la custodia compartida y el régimen de visitas.

La temática es igualmente abordada por Rubio Cano (2022) quien afirma que el derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia y no ser separados de esta se mantiene incluso ante el advenimiento de circunstancias como divorcios o separaciones entre los padres. A tal efecto, ningún hijo puede ser separado de sus hijos, siendo necesaria la configuración de institutos como la custodia compartida y otros.

Complementando lo plasmado, Gartner Caballero (2023) explica que los hijos no pueden ser alejados de sus padres, y los padres no deben ser alejados de sus hijos. Por tal razón, cuando concurren circunstancias como separaciones o divorcios, se debe acudir a figuras como custodia compartida con miras a garantizar a ambos el derecho de pertenecer a una familia y no ser separado de esta.

Finalmente, Iburguen Hurtado (2019) expone que determinaciones como separaciones de pareja y divorcios no deben obstaculizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener contactos con ambos padres. Es así, que figuras como la custodia compartida y el régimen de visitas garantizan contacto continuo y constante entre los hijos y padres separados.

Conexo a lo plasmado por la doctrina, la jurisprudencia colombiana de igual forma ha expedido contenidos relacionados con la custodia compartida, cuidado personal y régimen de visitas, siendo estas las apreciaciones más relevantes de dicha línea jurisprudencial.

En sentencia de radicado T-102 de 2023, la entidad explica que el régimen de visitas es un derecho que predica paralelamente frente a los padres y los hijos, el cual se encuentra sustentado principalmente en el derecho de los hijos y padres de tener familia y no ser separados de esta. Sentencia T-102, 2023)

Posteriormente, la misma providencia expone que el régimen de visitas es un instituto que permite mantener incólume una serie de derechos entre padres e hijos que superan escenarios como el divorcio y separaciones. A tal efecto, no se aísla por completo al niño, niña y adolescente de su padre separado, sino que se mantiene un mínimo de contacto con la finalidad de promover el amor, cuidado y la protección mutua. (Sentencia T-102, 2023)

En conclusión, del presente apartado, los niños, niñas y adolescentes en Colombia tienen derecho a pertenecer a una familia y no ser separados de esta, facultad que se mantiene incluso en escenarios como el divorcio o separaciones entre los padres o progenitores. El citado derecho es una potestad en doble vía, es decir, se predica de padres a hijos y de hijos a padres.

Al no poder ser separados los niños, niñas y adolescentes de sus hogares y ante el advenimiento de figuras como el divorcio o separaciones entre los padres, el Legislador solemnizó figuras como el cuidado personal, la custodia y el régimen de visitas, las cuales garantizan al padre separado contacto constante con sus hijos e hijas, conexión necesaria para garantizar el goce de derechos de familiares de ambos.

Las entidades judiciales y administrativas deben en todo momento velar porque los hijos no sean separados de sus padres y los padres no sean separados de sus hijos. A tal efecto, deben acudir a la custodia, cuidado personal y régimen de visitas para impedir un distanciamiento total de los padres frente a sus hijos.

Contrario a lo ordenado por la norma y la jurisprudencia, en algunos escenarios existe una obstaculización del régimen de visitas por parte de un padre frente al otro, lo anterior conlleva a la configuración del delito de ejercicio arbitrario de custodia de menor de edad, el cual será examinado en el capítulo siguiente del presente artículo académico.

3. El delito de ejercicio arbitrario de custodia de menor y la aplicación de un enfoque diferencial de género en la resolución de tales controversias.

La Legislación penal colombiana tipificó el delito de ejercicio arbitrario de custodia de menor de edad, el cual reprocha el acto de un padre de limitar, obstaculizar e impedir que el otro padre tenga contacto con el menor de edad, siendo este un delito que lastima principalmente el bien jurídico de la familia y secundariamente el derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia y no ser separados de esta.

En palabras de León Victoria (2022) el mantenimiento de la unidad familiar es un asunto de relevancia para el poder punitivo del Estado, es así, que el poder punitivo no puede permanecer impávido o pasivo cuando los padres abusan de su poder en el interior de la familia en deterioro de los derechos e intereses de los otros miembros.

Complementando su postura, el autor expone que el delito de ejercicio arbitrario de custodia de menor de edad se configura cuando no se despliegan esfuerzos por parte de los padres por mantener o conservar la remanente unidad familiar de un hogar que ha experimentado divorcios o separaciones. Contrario a esto, el padre que ostenta la custodia opta por excluir al otro de pasar tiempo con su hijo, lo que lastima no solo la familia, sino también el derecho del menor a no ser alejado de sus familiares.

La temática es igualmente abordada por Rubio Cano (2022) quien afirma que el mantenimiento de la unidad familiar y la promoción y protección del derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de esta es un asunto de relevancia criminal. Por tal razón, cuando un padre impide al otro ver o tener contacto con el menor, se activa la esfera de protección de la justicia criminal.

Así mismo, Montero y Martínez (2019) establece que el derecho del niño, niña o adolescente de tener una familia y no ser separado de esta no puede ser limitado salvo el advenimiento de circunstancias extremadamente excepcionales. Por tal razón, el padre que impida al otro tener contacto con su hijo se hace merecedor de reproches penales.

El delito o tipo penal en cuestión también ha sido objeto de análisis en el interior de la jurispuden-

cia, siendo estas algunas de las entradas relevantes de dicha línea jurisprudencial.

En sentencia de radicado C-239 de 2014, la Corte explica que la creación del tipo penal de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad, obedeció a una necesidad de hacer más explícito el reproche a imponer en escenarios en los cuales un padre utiliza al hijo como herramienta para lastimar los derechos e interés del otro padre.

Previo a la creación del citado tipo penal dichos actos eran denunciados como secuestro, tipificación no solo errada, sino también exagerada, ya que el padre denunciado se enfrentaba a graves penas capaces de romper la unidad familiar. Por tal razón, el Legislador contempló la necesidad de solemnizar un nuevo tipo penal con alcance punitivo mucho más moderado. (Sentencia T-239, 2014)

La misma providencia, de igual manera se pronuncia frente a la finalidad del citado tipo penal, indicando que el objeto del delito es reprochar al padre que arbitraria e injustificadamente limita el derecho del otro padre de pasar tiempo o compartir espacios con su hijo.

De igual manera, la providencia indica que mediante la creación de dicho nuevo tipo penal se congestionan las unidades del ente acusador encomendadas para investigar el delito de secuestro, dándose un tratamiento mucho más adecuado y acorde a tales actos. (Sentencia T-239, 2014)

Seguido de esto, la providencia también se pronuncia frente a los elementos del tipo penal. Al respecto, la Corte afirma que, si bien el nuevo delito comparte los verbos rectores del delito de secuestro, se diferencia respecto del anterior respecto a la naturaleza del sujeto activo y la finalidad del acto, puesto solamente quien es padre puede cometer esta conducta en deterioro de los derechos del otro padre, estando su intencionalidad orientada a limitar la posibilidad del otro progenitor de acceder a su hijo. (Sentencia T-239, 2014)

Habiéndose comprendido los elementos del tipo penal del citado delito, resulta necesario pronunciarse frente a la tendencia o práctica que se presenta en dichos trámites, en la cual el ente acusador o juzgadores optan por aplicar un enfoque diferencial de género en favor de la mujer con miras a limitar los derechos del padre, lo que conlleva algunas veces al decaimiento de la causa penal e impunidad.

Al respecto, Carvajal-Gómez (2024) afirma que no es admisible aplicar el enfoque diferencial de género en los procesos de penalización de la alienación parental, puesto los padres tienen derechos y deberes frente a sus menores en igualdad de condiciones, siendo inadmisibles que se apoye desproporcionadamente el progenitor mujer sobre el otro.

Así mismo, Bolaños Quintero (2016) afirma que los únicos criterios a tener en cuenta en los procesos de judicialización del delito de ejercicio arbitrario de custodia de menor de edad son el derecho a la igualdad y el interés superior del menor. Es así, que no pueden aplicarse ningún otro criterio susceptible de generar desbalance en dichos debates.

Similar apreciación es plasmada por Carvajal-Gómez (2024) quien afirma que resulta inadmisibles la aplicación de un enfoque diferencial de género en los trámites de juzgamiento del delito de ejercicio arbitrario de custodia de menor de edad, persistir en esto conllevaría a un deterioro de los derechos e intereses del padre y el mínimo menor.

Finalmente, Royo (2019) establece que los debates que involucran menores de edad deben ser resueltos invocando los principios y derechos que componen la Legislación de infancia y adolescencia, en tales tramites no hay cabida para la invocación de contenidos de género.

La presente problemática también es examinada por la jurisprudencia, la cual en la sentencia C – 239 de 2014, explica que la igualdad es un valor, principio y derecho jurídico que debe ser tenido en cuenta en tales debates, siendo necesario su empalme con el principio de interés superior del menor. (Sentencia C-239, 2014)

Similar postulado es consagrado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia SP1670-2020(53969) parafrasea con contenidos consagrados por la Corte Constitucional en sentencia C – 239 de 2014, reiterando que la limitación del derecho del padre de pasar tiempo con su hijo por parte del otro padre, constituye un obstáculo para la igualdad y un deterioro al derecho del menor de tener una familia y no ser separado de esta. (Sentencia SP1670-2020(53969), 2020)

Revisando los contenidos de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, se puede confirmar que los padres tienen derechos frente a sus hijos en igualdad de condiciones, por tal razón, los debates relacionados con el juzgamiento del delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad no son susceptibles de aplicar un enfoque diferencial de género en favor de la mujer.

En conclusión, del presente apartado, el delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad es un tipo penal del derecho colombiano, el cual reprocha el acto de un padre de impedir u obstaculizar irregularmente el derecho del otro padre de acceder a contacto con el menor. Dicho tipo penal constituye una lesión al bien jurídico de la familia y lastima el derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia y no ser separados de esta.

La tipificación del citado delito obedeció a la necesidad de solemnizar un tipo penal particular que reprochaba dicho acto de alienación parental, debido a que previamente tales conductas eran denunciadas como secuestro. Es así, que el Legislador creó el citado crimen para impedir una ruptura de la familia.

La judicialización del delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad debe efectuarse mediante los siguientes criterios. El derecho a la igualdad frente a los derechos y deberes de los padres frente a sus hijos y el principio de interés superior del menor. No es admisible la aplicación de fórmulas jurídicas de enfoque diferencial de género con miras a beneficiar a la madre sobre el padre.

El enfoque diferencial de género es una herramienta jurídica que ofrece especial tratamiento a la mujer en escenarios en los cuales se sospecha una lesión sobre sus derechos e intereses. Dicho enfoque reconoce que la mujer históricamente ha sido discriminada, violentada y maltratada con base a su género, siendo necesario que desde la actualidad se sanen dichas deudas históricas de sometimiento. El enfoque no aplica en escenarios en los cuales se ventilan derechos de los niños, niñas y adolescentes.

CONCLUSIONES

La familia es la institución base de la sociedad colombiana, de esta se desprenden una serie de obli-

gaciones entre sus miembros, siendo las más notorias los derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos. La familia se encuentra especialmente protegida por el ordenamiento jurídico colombiano, siendo necesario que el Estado y la Ley destinen esfuerzos para la conservación de su unidad.

Los derechos y deberes existentes entre padres e hijos se mantienen activos e incólumes incluso ante el advenimiento de circunstancias como divorcios y separaciones entre la pareja, siendo necesario que en la distancia se garantice al menor contacto con el padre que no conserva la custodia. Dicha medida se encuentra fundamentada y amparada por el derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia y no ser separados de esta.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener una familia y no ser separados de esta es una facultad que busca garantizar en todo escenario la unidad familiar, siendo un derecho que opera en doble vía, es decir, los niños, niñas y adolescentes deben compartir tiempo con sus padres y viceversa.

Existen escenarios en los cuales un padre abusa de la custodia del menor e impide al otro padre tener contacto con su hijo, dicha conducta fue penalizada por el Legislador mediante el tipo penal de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad, el cual reprocha la alienación de un padre frente al otro en lo referente al acceso con los menores.

El delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad es un tipo penal que lastima principalmente el bien jurídico de la familia, adicional trasgrede el derecho de los niños, niñas y adolescentes de tener familia y no ser separados de esta. No es equiparable al delito de secuestro.

La judicialización del delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad requiere que invoquen contenidos constitucionales como el derecho a la igualdad y el principio de interés superior del menor, no siendo admisible que se adopten dinámicas jurídicas de enfoque diferencial de género en tales controversias.

La judicialización del citado delito requiere que se tengan en cuenta únicamente los derechos que relacionan los padres con sus hijos y el derecho a la igualdad que debe reinar las relaciones entre padre y madre frente a las necesidades de sus menores, no siendo admisible que se premie preferencialmente a un padre sobre el otro.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Camacho, D. S. y Alza Collantes C.J. (2023) Medidas de protección frente a la violencia familiar, una revisión de la literatura en américa latina 2018 – 2023. *Revista científica WARMI*. 3(2). <https://revista.uct.edu.pe/index.php/warmi/article/view/488>
- Andrade Salazar, J. A., Mendoza Vergara, M. F., Zapata Castrillón, K. T., & Sierra Monsalve, L. (2020). Relación entre conflictos de la adolescencia y habilidades sociales en adolescentes de una Institución Educativa de Risaralda. *Pensamiento Americano*, 13(25), 52-61. <https://doi.org/10.21803/pensam.13.25.385>

- Bolaños Quintero, P. X. (2016). *Síndrome de alienación parental* [Proyecto de grado, Universidad de Manizales]. Archivo digital. <https://ridum.umanizales.edu.co/server/api/core/bitstreams/7d-60dd22-5f6e-49d9-9fe8-ed56e1f7d3f8/content>
- Carvajal-Gómez, J. L. (2024). El falso síndrome de alienación parental en el derecho colombiano, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, (13). <https://doi.org/10.25965/trahs.6278>
- Constitución Política de Colombia. (1991). 2da ed. Legis.
- Duque Marroquín, L. (2021). La tensión entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y el principio de no devolución de niños, niñas y adolescentes no acompañados y con reconocimiento de refugio en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 12(número especial). [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaTensionEntreElDerechoATenerUnaFamiliaYNoSerSepar-8479299%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaTensionEntreElDerechoATenerUnaFamiliaYNoSerSepar-8479299%20(1).pdf)
- García Tobar, D. M., García Morales, G. F., & Góez Echeverry, J. E. (2024). *La eficacia del delito de ejercicio arbitrario en la custodia de hijo menor en la protección al bien jurídico familia* [Tesis de maestría, Universidad Autónoma Latinoamericana]. Archivo digital. <http://repositorio.unaula.edu.co:8080/server/api/core/bitstreams/d189af2c-88c6-4df6-be29-523cd8093888/content>
- Gartner Caballero, N. (2023). *La (des)regulación de la custodia compartida en Colombia y su impacto en el desarrollo psicosocial de los niños, niñas y adolescentes*. [Tesis de pregrado, Universidad De Los Andes]. Repositorio institucional Séneca. <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/3771922d-e936-4004-ae9a-7ea305663b59>
- Gómez Jiménez, J. C. (2024). La protección a la familia en Colombia: ¿costumbrismo o modernidad? *Tabula Rasa*, 50, 203-222. <https://www.revistatabularasa.org/numero50/la-proteccion-a-la-familia-en-colombia-costumbrismo-o-modernidad/>
- Gutiérrez Carvajal, M. (2020). *La custodia compartida en la legislación colombiana, una figura controvertida*. [Tesis de pregrado, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio UPB. <https://repositorio.upb.edu.co/items/367a7eb4-1552-4048-835f-58a5ae3a3513>
- Ibarguen Hurtado, J. (2019). Estudio de conciliación de custodia compartida en Colombia. Repositorio IUE. https://redcol.minciencias.gov.co/Record/RIUE2_7289c0f92c5710d198515d9813113c62
- Jelin, E. (2022). *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Fondo de Cultura Económica Argentina. https://books.google.com.co/books/about/Pan_y_afectos.html?id=ObyREAAAQBAJ&redir_esc=y
- León Victoria, E. E. (2022). *Actos y omisiones de autoridades que afectan el interés superior y vulneran el acceso a condiciones de vida digna de niñas, niños y adolescentes indígenas debido a un ejercicio arbitrario del poder: caso familia Gómez* [Tesis de maestría, Universidad autónoma de Chiapas].
- Montero coronel, M. L., y Martínez Delgado, E. M. (2019). *El rol de la crianza desde la perspectiva de la*

protección integral del menor en Colombia [Monografía de grado, Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña]. Repositorio Institucional UFPSO. <https://repositorioinstitucional.ufps.edu.co/handle/20.500.14167/4570>

Padilla Carvajal, M. S. y Cuachetá Torres, J. D. (2024). ¿Equidad en la protección familiar? Un análisis de la pensión de sobrevivientes y su acceso para las familias de crianza en el contexto colombiano. *Revista de estudios socio jurídicos*, 26 (1). <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/13651/12254>

Pérez-Calderón, W. F. (2021). *Riesgo de los padres venezolanos en situación migratoria irregular a ser separados de los niños nacidos en Colombia* [Trabajo de grado de pregrado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/26252>

Perilla Granados, J. S. A. (2024). Familias diversas conformadas por sujetos expulsados de sus familias biológicas: una propuesta hermenéutica de protección constitucional. *Revista derecho del Estado*, (60), 83-105. <https://doi.org/10.18601/01229893.n60.05>

Rincones Avendaño, D. A. . (2020). La resocialización en Colombia: un estudio desde la cárcel distrital rodrigo de bastidas. *Pensamiento Americano*, 13(25), 101-120. <https://doi.org/10.21803/pensam.13.25.395>

Rubio Cano, M. J. (2022). *Límites a la custodia compartida en Colombia: ausencia de regulación específica sobre restricciones a las comunicaciones entre padres e hijos* [Trabajo de grado de pregrado, Universidad Pontificia Bolivariana]. Repositorio Institucional UPB. <https://repository.upb.edu.co/server/api/core/bitstreams/998c3a96-2cbc-4373-8b3a-1ca4e59cabfd/content>

Royo, L. (2019). *Igualdad de género en Europa y América Latina: Educación superior, violencias y políticas de integración regional*. Editorial Torrossa. <https://www.torrossa.com/en/resources/an/4627870#page=143>

Sánchez-Reyes, J. E., Cantor-Jiménez, J., Castro-Sardi, X. y Bolaños, Y. (2019). Concepciones de niño y modos de relación de cuidadores y profesionales con niños institucionalizados, Colombia. *Revista latinoamericana de ciencias sociales, infancia y juventud*, 17(2). <https://www.redalyc.org/journal/773/77361136010/html/>

Sandoval Reyes, R. ., Roncallo Pichón, A. J., Barrientos Pérez, E. ., & Landazury Villalba, L. F. (2020). Incremento en la base gravable del impuesto predial en el distrito de Barranquilla en 2018. *Ad-Gnosis*, 9(9), 59-68. <https://doi.org/10.21803/adgnosis.9.9.437>

Sentencia C-296/2019. (2019). Corte Constitucional de Colombia. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/C-296-19.htm>

Sentencia SP1670-2020 (53969). (2020). Corte Suprema de Justicia. (Gerson Chaverra Castro, M.P). [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/bljul2020/SP1670-2020\(53969\).pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/bljul2020/SP1670-2020(53969).pdf)

Sentencia T-102/2023. (2023). Corte Constitucional de Colombia (Juan Carlos Cortés González, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/t-102-23.htm>

Sentencia T-105/2020. (2020). Corte Constitucional. (José Fernando Reyes Cuartas, M. P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-105-20.htm>

Sentencia T-181 de 2023. (2023). Corte Constitucional de Colombia. (Paola Andrea Meneses Mosquera, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-239-14.htm>

Sentencia T-239/2011. (2014, 9 de abril). Corte Constitucional de Colombia. (Mauricio González Cuervo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-239-14.htm>

Sentencia T-376/2023. (2023). Corte Constitucional de Colombia (José Fernando Reyes Cuartas M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/t-376-23.htm>

Sentencia T-536/2020. (2020). Corte Constitucional de Colombia. (José Fernando Reyes Cuartas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/t-536-20.htm>