

De la autoridad a la responsabilidad parental  
en la familia contemporánea colombiana

Lilia Zabala Ospina

Director

Dr. Alejandro Gómez Jaramillo

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Programa de Doctorado

Bogotá D.C.

2019

## Resumen

Este trabajo analiza holísticamente las relaciones entre patria potestad y responsabilidad parental en la familia contemporánea colombiana. Se empleó el método hermenéutico con un enfoque cualitativo para interpretar los datos teóricos y empíricos sobre el tema.

Con base en el derecho de familia, el objetivo general fue determinar los nuevos paradigmas de la patria potestad en la familia contemporánea reconocida en el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución de 1991, desde la óptica de la responsabilidad parental.

Primero, se identificó la correspondencia entre la autoridad parental y la responsabilidad parental con el enfoque del nuevo derecho de familia, modificado por otras legislaciones y el derecho constitucional colombiano. Segundo, se hizo una reflexión sobre las normas y principios consignados en la constitución política, la jurisprudencia colombiana y el Código Civil de las dos instituciones en estudio. Tercero, se determinó el alcance jurídico de la patria potestad en la praxis del derecho de familia, desde la responsabilidad parental en las relaciones contemporáneas.

La investigación partió de la hipótesis que la patria potestad es exigua para regular las relaciones paterno-filiales contemporáneas. Se concluyó que la patria potestad, en su literalidad, no tiene un alcance efectivo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes. Esto ha generado tensiones en las instituciones jurídicas que se resisten a las nuevas formas de familia y una contradicción de los principios constitucionales.

Surgió, entonces, la necesidad de proponer un nuevo modelo interpretativo que armonice con los nuevos principios constitucionales sobre las relaciones paterno-filiales. El bloque de cambio sugerido incluye derechos/obligaciones patrimoniales y personales para los progenitores o cuidadores de los hijos menores de edad. Es decir, una incorporación de la responsabilidad parental en la patria potestad.

En la praxis del derecho, los resultados de la investigación pueden zanjar la dificultad de determinar el alcance de la privación de la patria potestad y el ejercicio de algunos derechos de los padres como la custodia, las visitas y la crianza de los hijos.

## Abstract

This research paper holistically analyzes the relations between parental authority<sup>1</sup> and parental responsibility in the contemporary Colombian family. The hermeneutic method was used with a qualitative approach to interpret the theoretical and empirical data on the subject.

Based on family law, the general objective was to determine the new paradigms of parental authority in the contemporary family recognized in the legal system on the 1991 Constitution, from the perspective of parental responsibility.

First, the correspondence between parental authority and parental responsibility was identified with the approach of the new family law, modified by other legislations and Colombian constitutional law. Second, a reflection was made on the norms and principles consigned in the political constitution, the Colombian jurisprudence and the Civil Code of the two institutions under study. Third, the legal scope of parental authority in the practice of family law was determined, according to parental responsibility in contemporary relationships.

The investigation started from the hypothesis that parental authority is too small to regulate contemporary paternal-filial relationships. It was concluded that parental authority, on its literacy, does not have an effective scope for the protection of children and adolescents' rights. This has generated tensions in legal institutions that resist new forms of family and a contradiction of constitutional principles.

There arose, then, the need to propose a new interpretative model that harmonizes with the new constitutional principles on paternal-filial relationships. The suggested change includes patrimonial and personal rights/obligations for the parents or caregivers of minors. That is, an incorporation of parental responsibility in parental authority.

In the practice of law, the research results can settle the difficulty of determining the extent of the deprivation of parental authority and the exercise of some parental rights, such as custody, visitation, and the upbringing of children.

---

1 *Patria potestad* in Colombia.

## Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>La ley y la sociedad .....</b>	<b>6</b>
Poder y sociedad: La relación bilateral entre Derecho y sociedad .....	7
<b>Genealogía social de la patria potestad en las relaciones de familia colombianas .....</b>	<b>23</b>
El Código Civil, la Constitución de 1886 y la Regeneración.....	23
<b>Nuevos principios constitucionales de la familia colombiana .....</b>	<b>52</b>
La familia contemporánea en Colombia .....	52
Los principios constitucionales de la pareja .....	54
Principios constitucionales de los niños y adolescentes.....	56
La patria potestad: alcances y limitaciones .....	57
La responsabilidad parental y algunos paradigmas latinoamericanos.....	97
<b>Tensión del ordenamiento jurídico, patria potestad y responsabilidad parental .....</b>	<b>115</b>
El derecho de los padres sobre la obligación con el menor.....	116
El derecho de visitas sin límites regulatorios .....	122
Prueba estricta de ponderación .....	127
Tensiones y desencuentros entre patria potestad y familias de crianza .....	130
¿Patria potestad en cabeza de los cuidadores de los menores de edad? .....	132
Desfiguración del interés superior del menor.....	134
<b>Aliviando las tensiones de la patria potestad .....</b>	<b>144</b>
El cuidado por encima de la biología .....	153
Reconfiguración interpretativa de la patria potestad colombiana.....	155

<b>Conclusiones .....</b>	<b>164</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>170</b>
Fichas análisis jurisprudencial.....	170
<b>Referencias .....</b>	<b>189</b>
Leyes.....	192
Jurisprudencia Nacional .....	193
Webgrafia.....	200

## **Lista de tablas**

Tabla 1. La patria potestad y la emancipación .....	61
Tabla 2. Derechos, deberes y mecanismos de sanción.....	62
Tabla 3. Principios, derechos y libertades de los niños y adolescentes .....	95
Tabla 4. Sentencias de la responsabilidad parental .....	103

## **Lista de figuras**

Figura 1. Movimiento Jurisprudencial en amplitud del concepto de familia .....	50
Figura 2. Características de la patria potestad .....	60
Figura 3. Proceso jurisprudencial colombiano en patria potestad .....	94
Figura 4. Reconfiguración de la patria potestad.....	159
Figura 5. Estructura del régimen actual de la relación paterno-filial.....	162
Figura 6. Estructura del régimen propuesto para la relación paterno-filial.....	163

## Introducción

El presente trabajo analiza holísticamente las relaciones entre la institución de la patria potestad y el principio de la responsabilidad parental, en el contexto de la familia contemporánea colombiana. Esto con base en el derecho privado y constitucional colombiano, así como el derecho chileno y el argentino, que han sido pioneros en el tema. El fin es determinar el alcance de la institución de la patria potestad en Colombia, articulándola con principios contemporáneos, tales como el principio de la responsabilidad parental y el interés superior del menor. También identificando las tensiones que esta relación genera en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así es fundamental describir el marco normativo y social que siguen las dos instituciones estudiadas. El concepto de la patria potestad en Colombia se encuentra definido en el artículo 228 del Código Civil, determinando que es “el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”. La Corte Constitucional ha ampliado este concepto para aclarar que no solo es un derecho de los padres, sino que también es un derecho fundamental de los hijos menores de edad. Sin embargo, se funda en las relaciones naturales paterno-filiales y limita la voluntad de los titulares en razón a los intereses de los hijos menores. No es claro en la praxis jurídica si la figura de la patria potestad está acorde con los principios de la familia contemporánea desarrollados por la jurisprudencia nacional.

Paralelo a la patria potestad, se encuentra la institución de la responsabilidad parental establecida en el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia. Anteriormente, esta era denominada como potestad paterna: las relaciones personales entre padres e hijos. Es una figura definida como complementaria a la patria potestad y como una obligación de cuidado, crianza y acompañamiento a cargo de los dos progenitores, durante el proceso de formación de niños y adolescentes.

El marco y contenido legal de las instituciones planteadas hacen que se abran espacios para el incumplimiento de la responsabilidad parental. Por ejemplo, los casos de la falta del pago de alimentos, de las visitas o del cuidado de los menores de edad. Ambas instituciones no deben

fungir como independientes, sin relación directa entre ellas o como una al servicio de la otra. El fundamento histórico de la institución de la patria potestad extiende su sombra en el momento de aplicar la norma. En algunos casos, se evidencia que continúa basándose aparentemente en principios de jerarquía y en un poder absoluto del padre o pater familia. Mas se espera que la familia contemporánea, por lo menos en teoría, esté protegida y amparada por principios de igualdad, entre muchos otros. Vale recordar que la acepción “patria” quiere decir padre y potestad significa “poder”, así que la patria potestad se refiere literalmente al poder del padre.

De la misma forma, en la praxis del derecho de familia, se tiende a confundir el ejercicio de derechos como el de visitas o custodia y tenencia. Algunos padres, sujetos a la patria potestad tradicional, creen tener el derecho de impedir que el otro padre tenga incidencia en la crianza y educación de su hijo. Esa confusión aumenta cuando en la jurisprudencia, se manifiesta que un padre tiene derecho a visitar a sus hijos, *a pesar de estar privado de la patria potestad*. Este también es un derecho del menor de edad. Lo anterior implica que, a pesar de no cumplir con su “responsabilidad parental”, el padre no pierde sus derechos ante el incumplimiento de deberes y obligaciones parentales. Igualmente, la jurisprudencia dispone que existen diversas medidas, cuya última ratio se pensará como la sanción más grave y de aplicación restrictiva. Por ejemplo, la de suspensión o privación de todos aquellos derechos en cabeza privativa de los padres. Esto abre espacio para la ponderación entre los derechos del hijo menor versus los del padre sancionado por el incumplimiento de sus deberes.

El articulado del Código Civil colombiano sobre la patria potestad es insuficiente para la regulación de las relaciones familiares contemporáneas. Carencia que se ahonda con la confusión y contradicción que existe a nivel sustancial y jurisprudencial de la patria potestad. Una situación que cuestiona la eficacia y la validez de estas normas.

A raíz de la excepcionalidad del derecho de familia y de la observación en la praxis del derecho en el tema de la patria potestad, surge la necesidad de responder: *¿cuáles son los nuevos paradigmas que plantea la institución de la patria potestad, a partir del principio de la responsabilidad parental, en el Derecho de familia propio del ordenamiento jurídico que rige la*

*Constitución de 1991 y que promueve el modelo de la familia contemporánea?* Para responder este interrogante, el objetivo general de la investigación fue determinar los nuevos paradigmas de la patria potestad en la familia contemporánea reconocida en el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución de 1991, desde la óptica de la responsabilidad parental, con el fin de emitir un diagnóstico y hacer un aporte a la academia y al derecho, frente al tema de la patria potestad y la responsabilidad parental.

Como objetivos específicos se plantearon tres ejes: uno, la identificación de la correspondencia entre la autoridad parental y la responsabilidad parental con el enfoque del nuevo derecho de familia, modificado por otras legislaciones y el derecho constitucional colombiano; dos, la reflexión en torno a las normas y principios consignados en la constitución política, la jurisprudencia colombiana y el Código Civil en el tema de la patria potestad y la responsabilidad parental; y tres, el alcance jurídico de la institución de la patria potestad en la praxis del derecho de familia desde la responsabilidad parental en las relaciones familiares contemporáneas.

Se parte de la hipótesis que la institución de la patria potestad es exigua para regular las relaciones paterno-filiales contemporáneas. Así se estudian y desarrollan en el texto cinco aspectos específicos: i) la relación entre la ley y la sociedad en torno a la regulación de la familia; ii) un estudio genealógico del devenir histórico de la patria potestad en el ordenamiento jurídico colombiano desde su instauración en el siglo XIX hasta la Constitución de 1991; iii) un análisis de la normatividad vigente en relación a la patria potestad, incluyendo los principios constitucionales que regulan la figura de la familia en Colombia y la responsabilidad parental como su complemento; iv) un estudio crítico de la aplicación contemporánea de las normas y principios referentes a la patria potestad; v) la presentación de una propuesta que modula las normas estudiadas y las alinea con el status constitucional colombiano.

Los primeros dos capítulos buscan demostrar cómo la familia en Colombia ha sido una institución plástica y fluctuante que presenta divergencias entre su práctica social y su regulación normativa. El texto permite identificar la correspondencia entre la autoridad parental y la responsabilidad parental con el enfoque del nuevo derecho de familia, modificado por otras legisla-

nes y el derecho constitucional colombiano desde su origen. A la vez, se establece la importancia que el derecho reconozca las prácticas sociales de la población a la cual se aplica. No solo como parte de un reconocimiento de estas prácticas, sino como un imperativo para la adecuada interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El tercer capítulo muestra una reflexión en torno a las normas, los principios constitucionales y la jurisprudencia colombiana, en el tema de la patria potestad y la responsabilidad parental. Se presenta una visión general del panorama legal actual alrededor de la patria potestad. Da cuenta de las confusiones propias de la regulación del derecho de familia en torno a la patria potestad y a la responsabilidad parental. Adicionalmente, debido a la ausencia de literatura local frente al tema, este punto también incluye un estudio de derecho comparado sobre la responsabilidad parental y su desarrollo en Argentina y Chile.

En el cuarto capítulo, se analiza el alcance jurídico de la institución de la patria potestad en la praxis del derecho de familia, desde la responsabilidad parental en las relaciones familiares contemporáneas. Se hace una crítica de los efectos de las confusiones propias del ordenamiento jurídico colombiano, presentando una serie de tensiones y contradicciones. Tales como, las que hay entre las interpretaciones constitucionales de las normas existentes que versan sobre las instituciones estudiadas, el concepto de la familia contemporánea y la aplicación cotidiana de las mismas por parte de los jueces.

Finalmente, el quinto capítulo presenta una propuesta para armonizar los contenidos de la patria potestad con la familia contemporánea colombiana, dando prevalencia a los contenidos propios de la responsabilidad parental. Esto con el fin de garantizar que los derechos de los menores se vean amparados.

La metodología que se empleó fue el método hermenéutico con un enfoque cualitativo, para analizar los datos teóricos y empíricos sobre las relaciones familiares contemporáneas en el tema que nos ocupa. Desde la teoría y la praxis del derecho, se captaron las interpretaciones, el conocimiento y significado que tienen los individuos del fenómeno estudiado. Se elaboró, con base en la práctica jurídica familiar, una propuesta teórica que promueve una paráfrasis diferente

de la relación entre las instituciones mencionadas. Y se presentó un nuevo modelo interpretativo acorde con los nuevos principios constitucionales que enmarcan las relaciones paterno-filiales contemporáneas colombianas.

Vale aclarar que, para determinar a la praxis jurídica como un criterio de este trabajo, se realizó otra investigación previa. Ahí se hizo un análisis cualitativo de un número de casos, los cuales fueron basados en encuestas, entrevistas a los funcionarios expertos y estudio de procesos. Los criterios identificados en la praxis jurídica fueron diferentes principios, entre los que se encuentran la eficacia, eficiencia y proporcionalidad en los derechos y deberes de los hijos y de los padres. Los resultados de la investigación, en la praxis de la efectividad de los procedimientos judiciales y administrativos en procesos y controversias en las relaciones paterno filiales, arrojaron un desfase profundo entre la normatividad actual y los problemas que se presentan en las relaciones familiares de este tipo. Se evidenció una falta de seguridad en las partes para la aplicación del derecho y la no efectividad de los principios que se pretenden amparar en los derechos fundamentales en algunos casos. Las hipótesis corroboradas en la primera investigación permitieron determinar los términos de la segunda.

La propuesta aporta un nuevo paradigma hacia la responsabilidad parental en el derecho civil y de familia, el cual responde a la familia contemporánea. El bloque de cambio sugerido incluye derechos-obligaciones patrimoniales y personales para los progenitores y para los cuidadores de los hijos menores. Esto dentro del contenido de la institución de la responsabilidad parental, incorporando dentro de la misma, la patria potestad. Lo anterior puede zanjar, en la praxis del derecho, la dificultad de determinar el alcance de la privación de la patria potestad y el ejercicio de algunos derechos de los padres. Tales como la custodia, las visitas y la crianza de los hijos.

## Capítulo I

### La ley y la sociedad

Este capítulo aporta un marco teórico y filosófico que contextualiza las relaciones pater-filiales dentro del derecho de familia en Colombia. Se estudia el vínculo entre el derecho y la sociedad, a partir de la doctrina de algunos filósofos del derecho. También la analogía de estos con la ley como herramienta de control. No obstante, para determinar los paradigmas de la patria potestad desde la responsabilidad parental en la familia contemporánea, es necesario explorar algunas razones intrínsecas en el ordenamiento jurídico de la familia. Ellas impiden la evolución de las instituciones estudiadas a la par con el progreso de la familia.

Las teorías de Durkheim y Von Ihering, con el apoyo conceptual de Bobbio y Hohfeld, hacen que al ordenamiento jurídico le sea posible observar la importancia de las costumbres familiares. También la de los grandes cambios sociales que se han dado a partir de la Constitución de 1991, los cuales han sido fruto de la división social del trabajo. Dichas circunstancias han afectado la manera en que se dan las relaciones sociales y, por ende, la regulación de la familia. Como se verá más adelante, se trata de acciones transgresivas que modificaron la estructura doméstica y que, por medio de la repetición, se han normalizado. Han cambiado el imaginario social y han sido reconocidas por el derecho, tal como en el caso del espectro de las obligaciones y derechos de los padres.

Aunque el derecho de familia parecía responder a cambios sociales gradualmente, esta evolución se ha visto frenada por la incapacidad de cambio intrínseca al derecho. Por ejemplo, lo que sucede con la patria potestad termina perjudicando la convivencia social y restringe la aplicación de principios jurídicos. La patria potestad, como veremos más adelante, continúa atada a valoraciones y principios que fueron concebidos desde su inclusión en el ordenamiento. Elementos tomados del Derecho Romano que, hoy en día, no se adecúan a la realidad social, especialmente a la definición contemporánea de familia. Esto evidencia los efectos de la bilateralidad de la relación entre el derecho y la sociedad, donde las leyes antiguas persisten a pesar de la evolución de la sociedad.

De acuerdo con Bobbio (1993), no hay una evolución en la teoría de la institución de la patria potestad, sino que se permanece aparentemente en un marco monista. El Estado colombiano no tiene un monopolio absoluto en la producción jurídica. Además, el código civil en lo familiar se ajusta perfectamente a la 'teoría del formalismo jurídico' o del positivismo jurídico, donde lo válido es la estructura y no el contenido. Es por esto que la descripción de la institución se encuentra en un armazón débil, sin contenido y sin reconocimiento de lo consuetudinario en lo contemporáneo.

Hohfeld (1968) y Alexy (1993) plantean, por otra parte, que el derecho de familia colombiano es un régimen compuesto por un modelo de correlativos y principios jurídicos. También por algunos derechos de los padres que, en el caso de la patria potestad, llegan a contraponerse a los derechos de los menores de edad. Pues se tratan de una figura estática en el tiempo.

De esta forma, con el estudio conceptual que se realiza, se adquieren los fundamentos conceptuales y las herramientas metodológicas para el análisis y la descripción de las características principales de la problemática. Algo que se evidencia en la aplicación de las instituciones jurídicas de la patria potestad y la responsabilidad parental, las cuales se convierten en un reto para el positivismo jurídico. El reto está en que se desarrolle coherentemente la relación entre lo teórico y la praxis jurídica. Sin olvidar resolver los conflictos que se presentan en las relaciones paterno-filiales de la familia contemporánea.

Lo anterior obliga a que se reconozca la importancia de la relación entre el derecho y la sociedad. También la necesidad de la lucha de los individuos para la evolución del derecho, desde una perspectiva teórica, en la búsqueda del mejoramiento del ejercicio del Derecho.

### **Poder y sociedad: La relación bilateral entre Derecho y sociedad**

La relación bilateral entre la ley y las prácticas sociales es una realidad reconocida por la teoría y la praxis jurídica. El mejor ejemplo de esta bilateralidad es el derecho de familia colombiano y su relación con las prácticas sociales a lo largo de su historia. Esta bilateralidad se refleja de la misma forma en el desarrollo que se hace de la patria potestad. Aquí la norma sirve como mecanismo de control sobre los menores de edad, padres que ostentan la custodia

de sus hijos y aquellos encargados del cuidado de los no emancipados sin ser los progenitores. Está plasmada en forma de un deber-ser que brinda únicamente derechos en su literalidad. La postura, por cierto, no corresponde con la evolución del derecho de familia ni de la familia contemporánea colombiana.

Consecuentemente, existe desprotección para los hijos no emancipados y abuso de algunos derechos. Todo debido a la aquiescencia de una ley que evidentemente necesita seguir manteniendo el control social y familiar que la originó.

**La Ley como herramienta de control: biopoder y bilateralidad.** Desde Hart, la teoría jurídica ha aceptado el carácter mutable de la ley, pero se ha quedado corta al analizar la relación de esta característica con el contexto histórico, político y geográfico en el que surge la ley. Teniendo en cuenta el objetivo de este estudio, se hace referencia a un concepto de ley que reconcilie el carácter cambiante de la misma con el contexto socio-cultural en el cuál nace. No se mostrarán las teorías más tradicionales y liberales que parten de la pregunta qué es la ley, sino que se revisa cómo opera la ley.

*La relación bilateral entre ley y sociedad: entre Durkheim y Von Ihering.* La correspondencia entre el Derecho y la práctica social de Durkheim. La ley, como reguladora del comportamiento del cuerpo social, afecta el comportamiento del individuo. Da beneficios o protecciones a quienes cumplen con las disposiciones que ella dispone. Incentiva al individuo a que cumpla con las regulaciones del cuerpo social. Sin embargo, esta afectación no es unilateral. La disciplina podrá, mediante la repetición de ciertos actos o comportamientos no censurados socialmente, cambiar el modelo regulador planteado en la ley para que el mismo corresponda con lo socialmente deseable.

Así, la ley es un dispositivo del biopoder que conecta los dos polos de sus mecanismos: la disciplina y la biopolítica. Según Tadros (1998), al citar a Foucault, la ley ha seguido desarrollándose como un instrumento crucial para el poder durante la modernidad, a pesar del debilitamiento de su origen —el derecho soberano ( p.100).

Para Durkheim (1987), el derecho es un hecho social observable que expresa la solidaridad social propia de una comunidad. También es un mecanismo regulatorio mediante el cual se expresan y organizan las interacciones cotidianas. No es posible plantear una división tangente entre las relaciones sociales cotidianas —que generan la solidaridad social—y la expresión de las mismas mediante el derecho. Además, Durkheim (1987) explica:

En efecto, la vida social, allí donde existe de una manera permanente, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse, y el derecho no es otra cosa que esa organización, incluso en lo que tiene de más estable y preciso. La vida general de la sociedad no puede extenderse sobre un plano determinado sin que la vida jurídica se extienda al mismo tiempo y en la misma relación. Podemos, pues, estar seguros de encontrar reflejadas en el derecho todas las variedades esenciales de la solidaridad social (pp.75-76).

Vemos que esta concepción del derecho corresponde a la posición planteada en este texto. Existe una relación bilateral entre sociedad y derecho que resulta en una interacción compleja entre los mismos. Por lo tanto, el derecho funciona como un mecanismo que ancla aquellas relaciones sociales que promueven la división social del trabajo y promueve la solidaridad social dentro de una comunidad.

Mientras se encuentren en consonancia el derecho y la realidad social de la comunidad a quien esta regula, la solidaridad social será un efecto esperado y predecible. Tal como lo describe Durkheim (1987): “Normalmente las costumbres no se oponen al derecho, sino que, por el contrario, constituyen su base” (p.76). No obstante, la función de la división social del trabajo —producir una solidaridad social— puede presentar anomalías que impiden su adecuado funcionamiento. Estas, también denominadas anomias, se presentan por dos elementos principales: uno, la falta de cercanía entre los factores sociales; y dos, los rápidos cambios sociales, que son el foco de este estudio.

Durkheim argumenta que los cambios sociales, dentro de la organización social del trabajo, generan una anomia en el funcionamiento por la falta de correspondencia entre el derecho y la práctica social. Adicionalmente, Durkheim (1987) expone:

(...) las nuevas relaciones que a su pesar se establecen, no dejan de organizarse, pues no pueden durar si no buscan su consolidación. Solo que, como se hallan en conflicto con el antiguo derecho que persiste, no pasan del estado de costumbres y no llegan a entrar en la vida jurídica propiamente dicha. Así es como el antagonismo surge (p.76).

La familia por ser dinámica y cambiante hace que el derecho positivo se haya quedado atrás. Mas como su redacción permanece y determina procedimientos jurídicos, hace que el problema se profundice. Esto se agudiza cuando la sociedad, las instituciones, las costumbres, los valores y las formas de vida insisten en mantener comportamientos individualistas que proscriben el equilibrio entre los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. Entre muchas otras razones, lo anterior exige que el derecho interactúe permanentemente con las causas que conllevan a la sociedad a desarrollarse en cada momento histórico. Pues, solo así podrá concretar su intención de protección, validez y eficacia en las normas.

Las dinámicas anteriormente mencionadas impulsan un cambio en la estructura social y, junto con ella, en la función especial que cada organismo tiene dentro de la sociedad. Con la repetición de las prácticas que alguna vez fueron percibidas como anómalas, las dinámicas se vieron normalizadas y terminaron siendo reconocidas por el derecho mediante la inclusión en sus normas.

Durkheim (1987) describe lo anterior de la siguiente manera:

Las relaciones que se anudan entre esas funciones no pueden, pues, dejar de llegar al mismo grado de fijeza y de regularidad. Hay ciertas maneras de reaccionar las unas sobre las otras que, encontrándose más conformes a la naturaleza de las cosas, se repiten con mayor frecuencia y devienen costumbres. Después, las costumbres, a medida que toman fuerza, transfórmanse en reglas de conducta...Dicho de otra manera, hay un cierto grupo de derechos y deberes que el uso establece y que acaba por devenir obligatorio. La regla,

pues, no crea el estado de dependencia mutua en que se hallan los órganos solidarios, sino que se limita a expresarlo de una manera sensible y definida en función de una situación dada (p.430).

Cuando este proceso no se da, surge la anomia, la disrupción de la solidaridad social, y la violación de derechos fundamentales. El mismo Durkheim (1987) expone la solución a esta forma de anomia y sus efectos y el reconocimiento de tales interacciones mediante la regulación legal de las mismas. Puesto que “esas transformaciones se han llevado a efecto con una extrema rapidez, los intereses en conflicto no han tenido todavía el tiempo de equilibrarse” ( p.433). Sin embargo, el derecho tiene la capacidad de moldear tales relaciones para promover la solidaridad social. Así el derecho estaría acorde a las relaciones sociales propias de un medio, recuperando el equilibrio en la solidaridad social.

La fuente del derecho para Durkheim (1974) es la vida social. Mas la sociedad política está conformada por una multiplicidad de individuos que pueden ser producto del Estado. Sus ideas morales bien podrían ser similares o distantes unas de las otras. En cada caso particular, dependiendo de las razones específicas de los padres, existe un punto común. Este, para Durkheim (1985), es considerado el término medio. El lugar de lo justo, que es la conciencia colectiva y que no depende de los intereses particulares, pues el objetivo es conseguir el bienestar del individuo como ser social (p.94).

En cuanto a las relaciones entre progenitores y cuidadores de menores no emancipados, el punto justo es el reconocimiento y la protección de los derechos y obligaciones de quienes conforman la relación. No debe otorgarse protección con un enfoque individualista, sino con el objetivo de la protección de lo macro: las relaciones paterno-filiales.

*Von Ihering: en la lucha por el Derecho en la interacción social.* Los anteriores son postulados propios de la teoría social de Emile Durkheim. También son representados en la teoría jurídica mediante el trabajo de Rudolph Von Ihering, perteneciente a la línea del funcionalismo jurídico. Al igual que Durkheim, Von Ihering (1985) reconoce que el fin del derecho es la paz. Esta se logra mediante la protección jurídica de los ordenamientos sociales, los cuales surgen de

la interacción entre los individuos. Von Ihering, por su lado, ve el derecho como el resultado de la interrelación de los individuos en una sociedad que está sometida al cambio, por la continua lucha de los sujetos por defender sus intereses. Esto en lo referido al derecho subjetivo y, por eliminar la injusticia, en el derecho en su conjunto. Asimismo, hay un deber social en el que es fundamental la lucha en contra de la injusticia —o las anomias— que impide el adecuado funcionamiento de las interacciones sociales.

Adicionalmente, Von Ihering (1985) expone que esta lucha en contra de la injusticia es la única manera de preservar el derecho como manifestación del orden social. Entendiéndose la injusticia como una patología que afecta el adecuado funcionamiento de la sociedad.

El dolor físico nos anuncia una perturbación en el organismo, la presencia de una influencia funesta [...] Pues lo mismo es el dolor moral que nos causa la injusticia voluntaria, su intensidad varía como la del dolor físico y depende de la sensibilidad subjetiva, de la forma y del objeto de la lesión, pero se anuncia, no obstante, en todo individuo que no esté completamente habituado a la ilegalidad (Von Ihering, 1985, p.82).

Esta identificación de la injusticia como patología coincide con la que realiza Durkheim de la anomia como enfermedad. Los dos autores coinciden en la identificación del origen del derecho en la sociedad y no de la sociedad en el derecho como predicen las teorías contractualistas (Von Ihering, 1985). Así, si el derecho surge de la sociedad, la relación entre la vivencia social y el derecho es fundamental para las sociedades en el mundo. Si las relaciones cotidianas propias de una sociedad no se plasman en el derecho, surge la anomia y la injusticia. Ambas son situaciones que no permiten vivir en paz.

Es debido a esta relación entre derecho y sociedad que Von Ihering identifica la lucha por el derecho como un deber social. Inicialmente, está en manos de los individuos motivados por intereses egoístas y correspondientes al contexto al cual pertenecen; y posteriormente, en cabeza de la sociedad. Es esta defensa de los derechos individuales lo que permite dar vida a los principios y mantener un orden social en el que predomine la paz.

Lo anterior, según Von Ihering (1985), se debe a:

El derecho concreto da al derecho abstracto la vida y la fuerza que recibe; y como está en la naturaleza del derecho que se realiza prácticamente, un principio legal que no ha estado nunca en vigor, o que ha perdido su fuerza, no merece tal nombre, es una rueda usada que para nada sirve en el mecanismo del derecho, y que se puede destruir sin cambiar en nada la marcha general. Esta verdad se aplica sin restricción a todas las partes del derecho, al derecho público, al derecho privado y al derecho criminal ( p.98)

De esta forma, los miembros de una sociedad particular se encuentran regidos por un sistema legal que surge de las interacciones que se dan entre ellos y, de no coincidir con estas, terminan generando situaciones de injusticia. Estas generan en los individuos la necesidad de luchar por el respeto y/o el reconocimiento de sus derechos concretos. Una exaltación del sentimiento del derecho, como la llama Von Ihering, que dependerá de las condiciones y el contexto de cada individuo particular.

La exaltación del sentimiento del derecho se presenta bajo esta o la otra forma, y que varía según las clases y las condiciones, porque el individuo mida el carácter de una lesión por el interés que, dada su clase, puede tener en sufrirla o no; la demostración de este hecho debía servirnos para sentar claramente una verdad de orden superior; esto es, que todo individuo atacado, defiende en su derecho las condiciones de su existencia moral (Von Ihering, 1985, p.84).

Sin embargo, es primordial mencionar que, a pesar de la esfera individual en la que Von Ihering reconoce la lucha por el derecho, esta no es la única esfera en la que esta lucha surge. Por el contrario, esa la lucha individual también se hace en la defensa del orden social. La defensa del orden social —y del derecho como su producto— se da en una esfera más amplia por medio de la práctica de los derechos concretos, la cual permite que los principios jurídicos propios de una sociedad se mantengan vigentes.

De esta forma, Von Ihering (1985) identifica que:

El hombre lucha, pues, por el derecho todo, defendiendo su derecho personal en el pequeño espacio en el que lo ejerce. El interés y las demás consecuencias de su acción se extienden por el hecho mismo, más allá, afuera de su personalidad. La ventaja general que de ello resulta, no es solamente el interés ideal de que la autoridad y la majestad de la Ley sean protegidas, sino que es un beneficio real, perfectamente práctico, comprendido y apreciado por todos, como que defiende y asegura el orden establecido en las relaciones sociales (p.100).

La perspectiva que plantea esta corriente del pensamiento jurídico tiene dos aspectos fundamentales para el enfoque de este trabajo. En primer lugar, reconoce el surgimiento del derecho a partir de la sociedad y su relación con esta. Y en segundo lugar, reconoce el rol activo del individuo en la construcción del derecho y en las dinámicas sociales. Estos dos elementos, tienen amplias repercusiones en el estudio de la ley y su relación con la sociedad. Tanto así que Von Ihering (1985) reconoce explícitamente el rol activo del individuo y de su lucha en el campo del derecho:

La teoría actual no nos habla más que de una actitud exclusivamente pasiva en relación con la Ley, y nuestra doctrina presenta a la vez un estado de reciprocidad en el cual el combatiente rinde a la Ley el servicio que de ella recibe, reconociéndole así la misión de cooperar a una grande obra nacional (p.101).

Este rol activo del individuo es fundamental para entender la relación entre el derecho y la sociedad. La ley plantea un ideal regulador del comportamiento o un deber-ser al que se debe responder. Sin embargo, esto puede modificarse, pues por medio de la repetición de acciones transgresivas al modelo —que pueden y suelen ser acciones ejecutadas por individuos que posteriormente aumentan en número— se puede generar un cambio de paradigma del mismo. Este cambio no resulta rápido ni sencillo, ya que los mecanismos legales son cooptados por las élites

para promulgar su idea del deber-ser social. Se ignoran y sancionan por medio de la falta de protección legal a aquellos que no se amoldan al ideal, promoviendo la anomia entre las relaciones sociales. Es así, como se producen desigualdades en términos de derechos y protecciones legales para aquellos individuos que no cumplen con el deber-ser legal.

**Durkheim y Von Ihering en la institución de la patria potestad en Colombia.** La relación entre derecho y sociedad, que presenta la teoría social de Durkheim y la teoría jurídica de Von Ihering, se hace especialmente evidente al relacionarlas con el derecho de familia en Colombia. Esto debido al status que las costumbres familiares han tenido en el país a lo largo de la historia y a los dramáticos cambios sociales que se han manifestado a partir de la Constitución de 1991.

Dichos cambios han tenido su origen en modificaciones propias de la división social del trabajo. Ciertos hechos han impactado las relaciones sociales y el derecho de familia colombiana, tales como la inclusión de la mujer en la vida laboral, la lucha por la equidad de género, la separación entre Estado e iglesia, los procesos de globalización y los movimientos LGBT+ (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales y demás expresiones de identidades de género y/o preferencias sexuales). De acuerdo con Durkheim (1987):

Esta parte del derecho civil [el derecho de familia] tiene, pues, por objeto determinar la manera como se distribuyen las diferentes funciones familiares y lo que deban ser ellas en sus mutuas relaciones, es decir, pone de relieve la solidaridad particular que une entre sí a los miembros de la familia como consecuencia de la división social del trabajo doméstico (...), pero la organización jurídica de la familia, cuyas líneas esenciales acabamos de recordar sumariamente, demuestra la realidad de sus diferencias funcionales y su importancia. La historia de la familia, a partir de los orígenes, no es más que un movimiento ininterrumpido de disociación, en el transcurso del cual esas diversas funciones, primeramente indivisas y confundidas las unas con las otras, se han separado poco a poco, constituido aparte, repartido entre los diferentes parientes según su sexo, su edad, sus relaciones de dependencia en forma que hace de cada uno un funcionario especial de la sociedad doméstica (pp.144-145).

La patria potestad no tiene correspondencia con las prácticas sociales. Es un espacio en el cual la incapacidad de cambio en el derecho se torna perjudicial para la convivencia social y representa un gran obstáculo para la aplicación de los principios jurídicos.

Después de hablar del control que la ley ejerce en los individuos, se espera cerrar con la exigencia de la evolución de la norma de la institución que nos interesa y con los modelos familiares en Colombia. En la misma línea de la relación del Derecho y la sociedad, no puede dejar de describirse la eficacia de la normatividad en las relaciones paterno filiales ni criticar la forma como actualmente está redactada la patria potestad en el ordenamiento civil. Esto será ampliado en el capítulo IV, al referirnos al cumplimiento del principio del interés superior de los menores de edad.

**Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas.** La teorización de la aplicabilidad y la eficacia de las normas jurídicas generalmente son presentadas por juristas dogmáticos. No obstante, según Navarro y Moreso (1996), este es un análisis lógico más propicio para los filósofos del derecho. Las normas son eficaces cuando tienen relación directa con las acciones humanas y, después de la observación y la identificación de la norma, se confronta la acción. Entonces, aparece el estudio de la aplicación de ese canon como fundamento para hallar las acciones eficaces a seguir.

En contraste, hay quienes prodigan que hay una limitación conceptual al hablar de la aplicación de la norma. Navarro y Moreso (1996) acuden a dos teorías jurídicas para decantar esa restricción conceptual. La primera, refiere una aplicabilidad externa que se enfoca en los deberes institucionales de las autoridades normativas, que permite identificar aspectos de la naturaleza institucional y de la naturaleza jerárquica del derecho. La segunda, es la aplicabilidad interna que se enfoca en la función de la noción de ámbitos de validez de las normas jurídicas.

Las dos teorías anteriores implican la observación de las normas como uno de los criterios para evaluar la eficacia del derecho. La eficacia que condiciona la validez de las normas se aprecia en el momento de intentar la simetría entre la aplicación judicial del derecho. Es decir, el ámbito material de validez y el derecho en acción entre los individuos (el ámbito personal). Para

conseguir esta simetría, según Hart (1963), hay que pensar que las normas jurídicas solo están dirigidas a los jueces. Mientras que Moreso y Casanova (1994) indican que la eficacia de las normas jurídicas no guarda relación alguna con la motivación del comportamiento de los individuos privados. Sin embargo, Navarro y Moreso (1996) opinan que la simetría entre lo personal y lo material, en la validez de la eficacia de las normas, puede restituirse con una “reelaboración del material jurídico” (p.136).

Para que una norma tenga aplicabilidad, entre otras características, debe brindar seguridad jurídica. Solo así podrá ser cumplida con facilidad y agrado por parte de los individuos. La coherencia y estabilidad social permite su eficacia y genera confianza en el derecho. La seguridad jurídica es una condición axiomática y por eso se exige de la patria potestad una redacción bajo otros términos dentro de los parámetros constitucionales de la responsabilidad parental. Su aplicación debe evidenciar la seguridad jurídica que se espera de una norma en las relaciones familiares.

De acuerdo con Santamaría (2010), al citar a Bermejo Vera, “opera entonces como una válvula de garantía de las personas que, respetando sus intereses y los de los demás, esperan una aplicación razonable de las reglas establecidas en el Derecho, exenta de imprevistas e indeseadas sorpresas” (pp.76-77). Según Ponce Solé (2009), las normas jurídicas deben ser racionales, eficaces, eficientes, no discriminatorias, proporcionadas. También deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo. Los perímetros de la validez de la norma delimitan las acciones que se le permiten a los individuos y no el comportamiento de los organismos encargados de la ejecución de la norma. Para Hart (1963), son estos últimos quienes incentivan el actuar de esos individuos de acuerdo con la ley y usan la sanción para incitar el cumplimiento de la norma.

Según Navarro y Moreso (1996), el derecho visto como un orden social y normativo aparentemente tiene una exigencia de explicación conceptual para casi todas las teorías jurídicas contemporáneas. Algunas de ellas intentan cumplir con esa exigencia, otorgándole importancia a la relación entre la eficacia y la validez de las normas jurídicas.

Raz (1980), citado por Navarro y Moreso (1996), explica:

Por una parte, la dimensión normativa del derecho es asociada a los conceptos de validez, fuerza obligatoria y aplicabilidad de las normas jurídicas. Por otra parte, la dimensión social del derecho requiere, al menos, de la eficacia de las normas jurídicas y la mayoría de las teorías jurídicas consideran la eficacia como una de las condiciones necesarias de la existencia de un sistema jurídico. Aunque en las últimas décadas las relaciones entre las dimensiones social y normativa del derecho han sido uno de los principales temas de análisis en la teoría jurídica, existen aún muchos problemas merecedores de un análisis más detallado (p.119).

Por último, Navarro y Moreso (1996) exponen que el concepto de aplicabilidad contribuye por lo menos a:

(i) la comprensión de algunos rasgos característicos del derecho, por ejemplo, la naturaleza institucional del derecho, la naturaleza jerárquica de los sistemas jurídicos, las relaciones normativas entre autoridades e individuos, la individualización de las normas jurídicas, etc.; (ii) la identificación de los derechos y obligaciones jurídicas de los individuos en un determinado grupo social. En este sentido las relaciones entre aplicabilidad y eficacia son especialmente importantes para la ciencia jurídica (p.138).

Lo anterior es un aspecto causal de la inaplicabilidad de una norma exigua para la protección de los hijos menores de edad. Pretende una regulación donde la sociedad surja del derecho y no el derecho de la sociedad. Es necesario, entonces, revisar los conceptos de derechos, obligaciones, potestades y autoridad en el ordenamiento jurídico colombiano.

**Correlativos en la institución de la patria potestad: derechos- obligaciones, potestades-autoridad.** Las definiciones de derecho y deber han sido ampliamente tratadas por la teoría jurídica. Mas se considera que, de todas las posibilidades teóricas que estas definiciones presentan, la que mejor se adapta a lo contemplado por el derecho de familia en Colombia es la relación

entre derechos y deberes como un esquema compuesto por opuestos y correlativos (Hohfeld, 1968, p.41). De acuerdo con Hohfeld (1968), los derechos encuentran como opuesto jurídico el no-derecho y como correlativo jurídico el concepto de deber. Así, encontramos que los derechos se hacen exigibles —y por lo tanto materializables— a partir de sus correlativos jurídicos: los deberes. Estos se definen como “aquello que uno debe o no hacer. ‘Deber’ y ‘derecho’ son palabras correlativas. Así pues, cuando se invade un derecho, se viola un deber” (Hohfeld, 1968, pp.49-50). Dichos correlativos, a su vez, se ven enmarcados en un esquema jurídico más amplio que se compone de principios que encuadran la interpretación dentro de un sistema jurídico.

El concepto de principio jurídico ha sido desarrollado por las corrientes del iusnaturalismo moderado y el positivismo, las cuales han reconocido la importancia de los elementos meta-jurídicos dentro de los procesos de interpretación judicial. Así que, según Dworkin (1984) y Carrió (1970), el derecho positivo está comprendido por reglas específicas, generales y meta-jurídicos. Los últimos son preceptos superiores reguladores de la interpretación, que sirven para determinar el alcance o la aplicación de las normas jurídicas jerárquicamente inferiores. Aquí se encuentran los principios jurídicos. También Alexy (1993) afirma que “(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes” (p.86).

Los principios pueden cumplirse en diferentes grados en razón a que dependen de las posibilidades reales y de las posibilidades jurídicas. Por ende, “los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico” (Alexy, 1993, p.141).

En este sentido, los principios entendidos como conceptos deontológicos expresan un deber-ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. También establecen fines con una estructura jurídica interna completa, o sea bajo prescripciones jurídicas que, pese a ser generales por ser normas que establecen un deber ser más específico, suponen no solo una delimitación política y axiológica, sino también un marco de interpretación tanto para el legislador como para el juez (Alexy, 1993, p.147).

Los principios se emplean para resolver casos y determinan cuestiones para su aplicación (Atienza y Ruiz, 2006). En cuanto a la función regulatoria, limitan la obtención del resultado que este se produzca en apego a la ley. Es decir, que la norma *stricto sensu* sea construida derivativamente de otras normas —*lato y stricto sensu*— y que su aplicación quede enmarcada dentro de los fines de las normas (Islas, 2011).

El derecho de familia colombiano encuentra sus disposiciones legales mejor categorizadas en este modelo de correlativos y principios jurídicos. Por ejemplo, las disposiciones consagradas en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia generan una serie de deberes en cabeza de diversos sujetos de derecho. El Estado, las instituciones educativas, los centros de salud, la sociedad en general, las familias y los padres, son algunos sujetos ligados a unos deberes particulares (Título II, Capítulo I de la Ley 1098 de 2006). Estos sujetos ostentan la obligación de garantizar los derechos y libertades de los niños y adolescentes consagrados en el Capítulo II del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Sin embargo, estos no son los únicos derechos consagrados en el régimen del derecho de familia colombiano. Nuestro sistema jurídico también otorga ciertos derechos a los padres que, en algunos casos, entran en conflicto con los derechos mencionados. Tal es el caso de la patria potestad que establece como derechos de los padres: la representación legal de sus hijos no emancipados, el usufructo sobre los bienes de estos y su administración. A pesar de la consagración legal de estos derechos, mostrando la concordancia del derecho de familia colombiano con el esquema propuesto, dependen del cumplimiento de una serie de deberes para los padres.

En los deberes mencionados se incluye el pago de los alimentos a los menores de edad. Frente a este punto se presenta un quiebre en el modelo expuesto cuando se hace un paralelo en la práctica del derecho de familia. Pues, algunos doctrinantes y en otras áreas del derecho se alega frente al incumplimiento, el derecho al mínimo vital del padre deudor y el brocado jurídico de que nadie está obligado a lo imposible. De tal manera que, los progenitores que han dejado de cumplir con la prestación de alimentos —en detrimento de los derechos de los niños— no ven afectados los derechos propios de la patria potestad. Aparentemente, no hay solución para

la desprotección que surge para los menores de edad en Colombia que proviene de este tipo de incumplimiento.

La patria potestad en Colombia y su ejercicio no son figuras estáticas. Por el contrario, se han sujetado a cambios que corresponden a los contextos históricos y a las dinámicas sociales particulares de cada época. No es posible argumentar la falta de actualización de esta institución jurídica, aunque esta no responde al reconocimiento de las actuales prácticas sociales, la Constitución de 1991 y la creación del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). El Estado debe proteger los derechos de los padres como individuos en contextos sociales colectivos, pero no debe olvidar que estos derechos radican en el bienestar social para que haya un equilibrio social en derechos y obligaciones de padres e hijos.

**La importancia del lenguaje en la regulación jurídica individual en contextos sociales colectivos y sus alcances.** Con base en Von Wright (1963), los problemas lingüísticos son algunas veces clarificados mediante la estipulación del significado de ciertas palabras o expresiones. “Los filósofos habitualmente están más interesados en las distinciones lógicas y las conexiones entre diferentes conceptos que en la definición de una expresión particular” (p.6). Se hace necesario un análisis conceptual: una investigación filosófica sobre el uso del significado de ciertas palabras.

Carnap (1963) expone que el análisis conceptual “no pretende describir los hábitos lingüísticos o las reglas semánticas de un determinado lenguaje, sino explicitar las posibles relaciones de significado en una determinada red conceptual” (p.1002). En términos de Navarro y Moreso (1996), “la construcción de una alternativa conceptual exige importantes decisiones semánticas; y, por otra parte, que estas decisiones semánticas pueden ocultar compromisos ontológicos que es necesario explicitar mediante el análisis conceptual” (p.139).

La situación descrita nos permite diseccionar el concepto de la patria potestad y traer a colación que esta figura jurídica corresponde a una potestad. Denominación que, además de incluir los deberes y derechos, incluye la esfera del poder en sí misma. Esto entendiendo que los que son acreedores del derecho (los padres de familia) tienen tal calidad porque se ven investi-

dos con una autoridad que les permite tomar decisiones por sus hijos en los aspectos señalados. Además, el poder conlleva una carga de superioridad frente a quienes ejercen los derechos. Los padres están habilitados para ejercer los derechos propios de la patria potestad en virtud del reconocimiento de su autoridad y una noción de superioridad (intelectual, emocional, etaria, cívica, etc.) que permite a los padres decidir sobre sus hijos y su patrimonio.

En principio, el reconocimiento de esta superioridad no resulta reprochable, pues el fin del mismo es, según Parsons (1956), generar procesos de socialización en los menores que resulten en un proceso de construcción de ciudadanía propia de su contexto.

No obstante, el ordenamiento jurídico no solo ha reconocido la superioridad con el propósito de generar procesos de socialización, sino que también en materia de derechos fundamentales. Lo cual contraviene incluso los mismos principios constitucionales de los menores como sujetos de especial protección. Ahora bien, la institución de la patria potestad, tal como está consignada en el ordenamiento civil, tiene una esencia de individualidad y de protección a quien tenga en cabeza el ejercicio de este derecho. Sin hacer el ajuste evolutivo en la literalidad de la normatividad al movimiento jurisprudencial de la institución y de la familia.

En el siguiente segmento, se realiza un análisis histórico sobre el alcance jurídico que ha tenido la institución de la patria potestad en la historia de las relaciones de familia en Colombia y su cristalización en el ordenamiento jurídico.

## Capítulo II

### **Genealogía social de la patria potestad en las relaciones de familia colombianas**

Las interacciones entre el derecho y las prácticas sociales corresponden a los contextos socio-históricos en los cuales se producen las normas. El derecho de familia y la figura de la patria potestad no son inmunes a ello y, por lo tanto, son productos sociales que dan cuenta de las relaciones de poder de una época particular.

Este capítulo muestra las formas en que la figura de la patria potestad ha mutado a lo largo de la historia del derecho de familia colombiano y de las dinámicas sociales propias de cada momento. Se busca provocar una reflexión sobre las normas y principios consignados en la Constitución Política, la jurisprudencia colombiana y el Código Civil, referentes a la patria potestad y a la responsabilidad parental.

### **El Código Civil, la Constitución de 1886 y la Regeneración**

La Constitución de 1886 surge como una de las máximas expresiones jurídicas del régimen político del periodo conocido como la Regeneración. Este se caracteriza por ser una reacción centralista y conservadora a los regímenes liberales y centralistas de mitad del siglo XIX. El régimen regeneracionista buscaba el orden, la cohesión social y la protección de los valores conservadores. Así que le dio un papel central al catolicismo como faro ideológico y a la iglesia católica como institución, dentro del campo de lo público. Al respecto, Cortés Guerrero (1997) plantea lo siguiente:

La Regeneración permitió la implantación en el país del Régimen de Cristiandad, que favoreció a la Iglesia católica y su Institución eclesiástica en su relación con la sociedad, pero que relegó funciones del Estado a aquélla, haciéndolo «católico dependiente» en labores que directamente le competían (p.12).

Esto se materializa en la firma del Concordato entre el Estado y el papado. Evento que confluyó con la promulgación de la Constitución de 1886. Ambos sucesos dados en el marco de la hegemonía conservadora a finales del siglo XIX e inicio del siglo XX.

Según Rodríguez (2004):

El triunfo político del conservatismo, su poder hegemónico sobre las instituciones por cerca de 50 años continuos, el fortalecimiento de la Iglesia y la firma del Concordato entre el Estado y el papado en 1886, que definieron la religión católica como la oficial y única, trazaron el sendero para la afirmación de valores tradicionales en la cultura y la mentalidad colombianas (p. 273).

Dentro de esta búsqueda del orden en la moral católica, la familia surge como instrumento de imposición de un orden social. Tal como explica Bermúdez (1997), “la familia sirvió como instrumento de control social: se creía que el estar casado hacía del varón una persona responsable (...) La imagen de ciudadano estaba relacionada con la de hombre casado” (p.41). Asimismo, la Regeneración se constituyó como un régimen excluyente de cualquier ideología o práctica social contraria al orden moral católico y a las ideas conservadoras. En este sentido, explica Cortés (1997) que durante este periodo, “la jerarquía de la Iglesia ideó un tipo de sociedad excluyente, donde rechazó - no transigió, no toleró - el error, siendo intransigente con su mayor enemigo, el liberalismo” (p.8).

En este sentido, la legislación sobre familia de la época, se constituye como un instrumento de la ideología conservadora, excluyente e intransigente del régimen regeneracionista.

Al interior del seno familiar se reproducen valores que han permitido mantener el statu quo: la superioridad del varón, la supervivencia de ideas clasistas y racistas, etc. Al mismo tiempo, al interior del grupo doméstico, se ha identificado la existencia de jerarquías que igualmente, han facilitado el mantenimiento de las mismas fuera del hogar. La existencia de dichas jerarquías se apreció fácilmente en los códigos civiles de la época: la patria potestad, la incapacidad jurídica de la mujer e hijos menores, la diferencia entre hijo natural y legítimo, etc... tales Leyes legitimaban la permanencia de desigualdades sexuales, raciales y sociales en el contexto estudiado (Bermúdez, 1987, p. 13).

En desarrollo del discurso regeneracionista durante el periodo de la hegemonía conservadora, se mantiene una cierta incoherencia entre la legislación y la práctica social que parte de la búsqueda de afirmación de los valores tradicionales y propios del conservatismo como ideal de comportamiento social.

Estudios realizados sobre el periodo 1880-1930, época que podemos llamar de transición de una sociedad pastoril y agraria a una sociedad urbana y manufacturera, describen los quebrantos que padecieran los sectores populares. Es, a la vez, una paradoja que el impulso modernizador del país se viera acompañado de una ideología tradicionalista en la definición de la mujer y la familia. La legislación solo reconocía a la familia constituida por el matrimonio católico, las filiaciones que nacían de este, y valoraba a las mujeres que vivían bajo la tutela de su padre o su esposo (Cortés, 1997, p.274).

Resultaría erróneo considerar que el Código Civil refleja fidedignamente las prácticas sociales de su época. Tampoco es solo en la actualidad donde surgen incongruencias o incompatibilidades entre la realidad social y el discurso normativo. Por el contrario, las normas del periodo regeneracionista reflejaban un particular discurso de deber-ser frente a la familia ideal. Un modelo que, en la práctica social, era solo uno de muchos otros que se llevaban a cabo activamente por los habitantes colombianos, aunque no siempre fuesen aceptados socialmente por los poderes dominantes.

Es relevante hablar sobre la extendida práctica en el territorio nacional desde la época de la Colonia, de amancebamientos, concubinatos y todo tipo de convivencias no formalizadas por el matrimonio. Este fenómeno está bastante documentado en la proliferación de casos durante la Colonia y hasta bien entrada la República (Tovar, 2012). Asimismo, según explica Gutiérrez (2000), las prácticas familiares de la Nueva Granada nunca lograron realmente ajustarse al patrón legal español durante la Colonia. Al punto de que “no podemos decir que el patrón hispánico de familia se hubiera logrado en Colombia en los comienzos del siglo diez y nueve. Era apenas una realidad limitada dentro de ciertas clases sociales” (Villegas del Castillo, 2006, p.xxxi).

Según muestra Rodríguez (2004), el asunto no había cambiado mucho un siglo después cuando, aún en plena hegemonía conservadora, abundaban las uniones de hecho entre las clases populares. El matrimonio se entendía más como una formalización de uniones ya existentes que como un sacramento necesario para dar inicio a la unión. Las cifras presentadas por el mismo autor, muestran una tendencia bastante contundente:

El 75% de las razones expuestas en las 1858 actas matrimoniales tramitadas en la parroquia Las Aguas de Bogotá entre 1908 y 1939 señalan el rubor y el concubinato como su principal motivación. Es decir, que se trataba de parejas que buscaban legitimar una unión y una prole. (...) solo el 20% confesaron haberse preparado conscientemente y cumpliendo todos los requisitos de las nupcias católicas. Igualmente, en el conjunto de las parroquias de la capital las actas bautismales registran una ilegitimidad de nacimiento que oscilaba entre el 47% y el 54% entre 1880 y 1910 (Rodríguez, 2004, p.275).

Estas cifras cobran mayor importancia al considerar que, para la época, el acceso a diversas necesidades sociales se basaba en la filiación de la persona. Es decir, elementos como la educación, determinadas labores, el acceso a cargos de gobiernos, etc., solo eran alcanzables para hijos legítimos. Ellos, de acuerdo con el artículo 51 del Código Civil, son aquellos “concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción”. Todos los hijos que no nacieron dentro de un matrimonio católico serían hijos ilegítimos clasificados como naturales y de dañado y punible ayuntamiento.

...llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento. Se llaman de dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos. Es adulterino el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo

que respecto de ellas produzca efectos civiles. Es incestuoso para dichos efectos, es el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, por las cuales, sería nulo el matrimonio (Código Civil, Art. 52).

De manera que, más allá de no solo no ser compatible con los modelos de formación de familia de la época, el Código Civil limitaba el acceso a ciertos elementos —que hoy se consideran derechos fundamentales. Esto basado simplemente en la filiación de la persona, afectando en gran medida, las relaciones sociales propias de la época. Así lo expone Rodríguez (2004):

En lo inmediato, ser legítimo o ilegítimo, aseguraba una niñez, no digamos feliz, sino sencillamente tranquila. En la vida de adulto, ser ilegítimo, significaba carecer de calidad para ingresar a colegios, a las universidades, a los cargos de gobierno y a las asociaciones de gente noble (p. 266).

Con lo anterior, puede afirmarse que ni siquiera en el momento en que se expidió el Código Civil, el concepto de familia plasmado en la ley era completamente congruente con las realidades sociales del país. Aun así, fue y sigue siendo un elemento esencial en la regulación del funcionamiento social, brindando derechos y libertades que dependen del cumplimiento de sus disposiciones. No hay que olvidar la relación de fuerzas que existe entre lo social y lo legal y cómo estas se configuran mutuamente. Finalmente, el Código Civil sigue vigente y ha tenido diversas modificaciones a lo largo del tiempo, algunas de las cuales, se estudian a continuación.

**La República Liberal: corrientes tibias y avances lentos.** La primera modificación sustancial al régimen del Código Civil, en materia de lo que compete a este trabajo, se da durante el periodo de la República Liberal y versa precisamente sobre la clasificación de la filiación. Esta ley buscaba acoplar las normativas dispuestas en el Código Civil con las diversas formas de familia que se daban en los sectores más populares. Sin embargo, fue un esfuerzo que no modificó en gran medida el deber-ser plasmado en el Código. El esfuerzo por armonizar con los sectores populares es compatible con los esfuerzos políticos realizados por el liberalismo para volver al poder tras casi 40 años de hegemonía conservadora. Esto por medio de la cooptación de los

intereses de las masas, pero manteniendo la estructura propia del status quo bajo un modelo del “buen ciudadano”.

Durante uno de los momentos más pragmáticos de la República Liberal, se expidió la Ley 45 de 1936 bajo el gobierno de Alfonso López Pumarejo. Esta normativa buscaba simplificar la clasificación de los hijos, limitando la categorización de estos solo a los legítimos e ilegítimos. Se podría considerar un avance porque si bien no elimina la categorización ni brinda mayor igualdad de derechos, sí suprime la denominación de los hijos “de dañado y punible ayuntamiento”. La cual era especialmente peyorativa, pues aquellos eran considerados inferiores a los hijos legítimos y a los naturales.

Así lo expresan Espitia y Pardo (1924): “Creemos que esta clasificación tripartita es la verdaderamente jurídica, porque los hijos naturales son de una categoría superior a los hijos ilegítimos...” ( p. 10). Teniendo en cuenta lo peyorativo del término y la implicación social del mismo, pues suponía un rechazo y una negación de derechos aún mayor para estos sujetos, es posible mencionar que la eliminación de este vocablo se acerca un poco más a la realidad social del momento. Así mismo lo reconoce Beltrán Crispancho (2008):

En esa dinámica la Ley 45 de 1936 procedió entonces a eliminar la segunda categoría de hijos naturales que de manera escueta legitimaba el estigma social sobre el menor producto de un incesto o de un adulterio. Debe tenerse presente que estos menores eran específicamente llamados por el Código Civil incestuosos y adúlteros, ambos bajo la categoría de espurios, lo que socialmente equivalía a ser catalogados como bastardos. Pero, además, la denominación legal parecía tener un carácter operativo claro, pues quien era subsumido en esa clasificación no tenía derecho alguno (pp.150-151)

La mejoría vino de la mano del reconocimiento de las uniones maritales de hecho como una realidad social, lo cual permitió facilitar ciertas acciones para el reconocimiento de la paternidad. La Ley Orgánica de Filiación Natural reconoció la paternidad a los padres que durante el

tiempo de la concepción no hubiesen contraído matrimonio, con la mera existencia de relaciones sexuales estables. En este sentido, Beltrán (2008) expresa:

Sin embargo, la etiqueta concubino-concubina tenía una carga peyorativa innegable. La intención del legislador de 1936, dado el contenido normativo, no le permite a uno concluir que pretendiera desafiar prejuicios sociales, pero sí reconocer una situación de hecho. Pero esto no impediría que el rol tradicional del varón determinara que el carácter denigrante sobre él (concubino), fuera menos opresivo que el de la mujer (concubina o manceba) y sus hijos (ilegítimos o naturales) (p.149)

Entonces, se flexibilizan las disposiciones para probar la existencia de un concubinato, dejando de exigir la convivencia indefinida como prueba para la paternidad. Los hijos fruto de concubinatos o amancebamientos —sin ninguna otra calificación— serían hijos naturales, al igual que los hijos de las mujeres solteras y viudas. Transitar de una clasificación que definía a los ‘hijos de daño y punible ayuntamiento’ a una clasificación de hijo natural, que implica cierta protección, significó una mejoría para gran parte de la población y un reconocimiento o acercamiento a la realidad social del momento.

La gente no contraía siempre matrimonio y constituían uniones maritales de hecho. Las viudas y las solteras tenían hijos, los hombres casados engendraban niños por fuera del matrimonio, los solteros también engendraban, y desgraciadamente, los incestos se repetían. Ser hijo ilegítimo natural otorgaba alguna protección legal, menor protección obtenía el hijo alimentario, pero los ilegítimos nunca reconocidos y los incestuosos y adúlteros, eran desprovistos de cualquier defensa jurídica, simplemente no eran sujetos de derecho (Beltrán Crisanchó, 2008, p. 151).

Esta mejoría en términos de derechos para los hijos ilegítimos se plasma principalmente en los derechos de herencia. En el régimen del Código Civil, los hijos naturales solo podrían recibir una quinta parte de la herencia del padre que lo hubiese reconocido, repartiendo los otros

cuatro quintos entre los herederos legítimos (Beltrán Cristancho, 2008, p. 152). Por medio del artículo 18 de la Ley 45 de 1936, esta porción fue elevada, permitiendo que los hijos naturales recibieran la mitad de lo que recibiría un hijo legítimo.

Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal (artículo 18 de la Ley 45 de 1936).

Queda en los anteriores términos sustituido el artículo 86 de la Ley 153 de 1887. Si bien esto implicó un inmenso avance para gran parte de la población, es necesario reconocer que fue una medida tibia frente a la desigualdad presente en la sociedad del momento. Los hijos ilegítimos y los concubinatos o amancebamientos seguían siendo sujetos e instituciones de segundo grado. No obstante, se aumentan un poco las garantías frente a estas instituciones, el matrimonio y los hijos que de él devienen se mantienen como el deber-ser social, salvaguardado por la ley y la garantía de derechos otorgados a estas figuras.

El cambio de paradigma que se evidencia en las disposiciones mencionadas no se reflejaba en el modelo conservador del “buen cristiano”. Este exaltaba la sangre, el linaje y su pureza como en el modelo liberal del “buen ciudadano”, que realzaba los méritos del individuo por encima del origen del sujeto.

El modelo conservador del “buen-cristiano” se mantiene vigente en la esfera social. La concepción de los hijos naturales y los concubinatos o amancebamientos como inferiores al matrimonio y los hijos legítimos. Esto explica la limitada ampliación de garantías presentes en esta ley porque, a pesar del laicismo frente a cuestiones de Estado, la élite liberal aún mantenía la convicción católica sobre el orden social que el matrimonio mantenía en la sociedad.

La existencia de esta creencia común sobre la importancia de las estructuras jurídicas familiares para la sociedad es lo que permite el consenso entre conservadores y liberales al expedir la Ley 45 de 1936. A pesar de los cambios que propone, no altera en sí mismas las estructuras jurídicas de la época —correspondientes al pensamiento de la élite. Así lo demuestra Valbuena

(1936) —autor del proyecto de la ley en cuestión—en su libro “Derechos de los hijos naturales” que sirve como exposición de motivos de la misma. En esta obra, el autor establece que esta disposición legislativa:

...no se trata de una Ley hecha con criterio y empeño sectarios. Fue, sin duda, de iniciativa liberal, pero acogida y apoyada por ilustres mentalidades conservadoras como los Magistrados Zuleta Ángel y Moreno Jaramillo, incapaces de prohijar una innovación, verdaderamente revolucionaria, si no tuviera el respaldo de la más acertada justicia y de las más sanas nociones morales (Valbuena, 1936, p. 8).

De esta forma, la Ley 45 de 1936 no modificó sustancialmente la estructura de las relaciones jurídicas que aún manifestaba los intereses de las élites —tanto liberales como conservadores—y que, a su vez, reflejaban el matrimonio como un deber-ser social.

**Desarrollismo e igualdad: La búsqueda de una normatividad global.** La reforma al Código Civil de la República Liberal estuvo vigente por 30 años. O sea, hasta los años 60 cuando las modificaciones al Código Civil y al régimen jurídico sobre la familia no se hicieron esperar. Con el surgimiento del desarrollismo (una nueva corriente de pensamiento), la rama legislativa realizó diversas modificaciones al Código Civil que tuvieron fuerte impacto en término de reconocimiento de derechos.

Cuatro de las leyes que surgieron durante el auge del desarrollismo: la Ley 75 de 1968, el Decreto 2820 de 1974, la Ley 29 de 1982 y el Decreto 2937 de 1989. La primera y la última disposición resultan bastante tímidas, pero el Decreto 2820 de 1974 y la Ley 29 de 1982 representaron cambios fundamentales para la estructura del Código Civil.

El desarrollismo surge tras la Segunda Guerra Mundial, específicamente tras el desarrollo de la Doctrina Trumman que plantea una nueva preocupación mundial: la clasificación de los países según su nivel económico. De acuerdo con Escobar (2007), el propósito del desarrollismo era “crear las condiciones necesarias para reproducir en todo el mundo los rasgos característicos de las sociedades avanzadas de la época” (p.20). Esto incluía los “niveles de industrialización y

urbanización, el rápido crecimiento de la producción material y los niveles de vida, y la adopción generalizada de la educación y los valores culturales modernos” (p.20).

El énfasis en los niveles de vida, la adopción generalizada de la educación y los valores culturales ‘modernos’ permitieron el desarrollo de las disposiciones normativas mencionadas. Durante el surgimiento del desarrollismo, se proclamaron distintos instrumentos internacionales que pronto se adaptarían al marco jurídico colombiano, modificando su estructura en pro de las exigencias necesarias para ser considerados un país ‘desarrollado’. En 1948, se publicó la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en sus artículos 2 y 25, trata sobre la prohibición de realizar discriminaciones por motivos de nacimiento, en pro del derecho a la igualdad de los niños.

En 1966, se firmó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, en sus artículos 10.3 y 24, busca garantizar la protección y asistencia de los niños, sin distinción de su filiación. En este mismo año, surgió también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en sus artículos 2 y 10, establece el deber de los Estados de proteger a los niños y adolescentes sin importar su filiación o cualquier otra condición. Finalmente, en 1989, se declaró la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce la igualdad entre los chicos sin importar el carácter de su filiación y los derechos que surgen del vínculo entre padre e hijo. Estas normas internacionales contemplan, además, la igualdad de derecho entre los sexos.

El contenido de estas disposiciones fue replicado regionalmente por medio de instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Lo planteado en estos instrumentos internacionales se constituiría como la meta a conseguir por aquellas naciones consideradas ‘subdesarrolladas’. Estas medidas buscaban, en armonía con los propósitos del desarrollismo, hacer notoria la pobreza monumental a la cual se enfrentaban ciertas partes del mundo y presentar una solución frente a la misma.

De tal manera, aquellas naciones que no se acogieran a los estándares planteados, serían blanco global. Al respecto, Escobar (2007) argumenta:

El nuevo énfasis fue estimulado por el reconocimiento de las condiciones crónicas de pobreza y malestar social que existían en los países pobres, y la amenaza que representaban para los países más desarrollados. Los problemas de las áreas pobres irrumpieron en el escenario internacional (...) El destino de las áreas ricas y pobres del mundo se concebía estrechamente ligado. “La verdadera prosperidad mundial es indivisible”, declaró un panel de expertos en 1948. “No puede perdurar en una parte del mundo si las otras viven en condiciones de pobreza y mala salud” (Escobar, 2007, p. 48).

Colombia, en el tren del desarrollo, ratificó los pactos y convenios anteriormente mencionados y además promulgó leyes que replicaban su contenido. La Ley 75 de 1968 regula los efectos, forma e impugnación de reconocimiento y establece ciertas presunciones de paternidad natural. El Decreto 2820 de 1974 declara la igualdad de derecho entre hombres y mujeres, implicando serios cambios tanto en la macroestructura social como en la estructura familiar. La Ley 29 de 1982 establece la igualdad entre hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos en relación con todos los derechos. Por último, el Decreto 2737 de 1989 consagra el derecho que tiene todo menor a que se defina su filiación.

En una sociedad que hasta el momento contaba con disposiciones bastante precarias frente al reconocimiento de la igualdad de derechos, estas normas implicaron un cambio significativo en las estructuras sociales. No solo se dio un tratamiento igualitario a los hijos legítimos e ilegítimos, sino que también se estableció la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres. Esto permitió el reconocimiento de la incorporación de las mujeres a la vida política y laboral, modificando las relaciones de fuerza que surgían en la conformación de las parejas.

No obstante, aún no puede hablarse de una modificación que permita la adecuación de la norma con la práctica social. Esto se hace evidente, ya que las disposiciones sobre el matrimonio del Código Civil seguían sin reconocer las uniones maritales como una forma de unión válida y merecedora de protección. También se mantenía la superioridad tanto moral como legal de las parejas unidas por un vínculo matrimonial. Las hacía merecedoras de obligaciones específicas y protecciones más amplias frente a la ley que aquellas existentes para las uniones informales.

Gracias a la presión de organismos internacionales se promulga la igualdad de derechos para los menores sin importar su origen o filiación. Ello significó un cambio fundamental en términos de derecho, pero para la época aún se mantienen estructuras propias del deber-ser del ‘buen cristiano’ planteadas durante la Regeneración.

**Cristalización y Reformas: La Constitución de 1991.** El derecho colombiano se vio radicalmente transformado con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y el reconocimiento de Colombia como una república pluralista (Art. 1) y culturalmente diversa (Art. 7, entre otros). Entre los principales rasgos que definen este periodo, es posible encontrar los siguientes: (i) el protagonismo de la Corte Constitucional, convirtiéndose en un actor transformador a través de las revisiones de acciones de tutela, y del estudio de acciones públicas de inconstitucionalidad; (ii) la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad (Art. 93) con prevalencia sobre las leyes; (iii) la amplia extensión de los derechos de carácter constitucional; y (iv) el carácter no taxativo de la lista de derechos de la Constitución y la posibilidad de configurar derechos innominados de carácter constitucional (Art. 94). Finalmente, en el campo del derecho de familia, el periodo posterior a la entrada en vigencia de la Constitución se caracterizó por la tensión existente entre las normas construidas con base en los principios de la anterior Constitución, los principios constitucionales y el bloque de constitucionalidad.

***Los principios orientadores del derecho de familia en Colombia a partir de la Constitución de 1991.*** El artículo 42 superior es posiblemente el foco de los principios constitucionales en torno a la familia. Siguiendo la reflexión de Hinestrosa (1994), la familia adquiere importancia constitucional sin precedentes desde 1991. El derecho de familia adquiere un tinte pluralista y se remite al valor supremo de la dignidad humana, respondiendo a la integralidad de las disposiciones constitucionales y legales.

En atención a los principios constitucionales es importante destacar: (i) el reconocimiento de la conformación de la familia como núcleo de la sociedad, ya sea conformada por medios naturales o jurídicos, y no limitándose necesariamente al matrimonio sino también a la “voluntad

responsable de conformarla”; (ii) la “igualdad de derechos y deberes de la pareja” como base para las relaciones familiares; (iii) la igualdad de derechos y deberes entre “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica”; iv) la inalienabilidad e inembargabilidad del patrimonio familiar; v) los deberes, derechos y formas de familia, deben estar determinados por la Ley civil; vi) la autonomía y responsabilidad de la pareja en la decisión sobre el número de hijos que han de tener; vii) el efecto civil que se le ha de otorgar a los matrimonios religiosos así como su cesación por divorcio civil; y finalmente, viii) la primacía de los intereses del menor.

Asimismo, resulta importante notar que en la Constitución se establecen los siguientes puntos: (i) la igualdad de derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre y el rechazo de cualquier clase de discriminación contra la mujer (artículo 43); y (ii) la no discriminación por “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” y la obligación del Estado de establecer medidas que propendan por una igualdad real y efectiva y favorezcan a “grupos discriminados o marginados” (Art. 13). Igualmente, es importante recordar la amplia carta de derechos de los niños y adolescentes establecida en los artículos 44 y 45. Estos buscan el desarrollo y protección integral del infante, al igual que la prevalencia de los derechos del menor.

De acuerdo con los desarrollos jurídicos de la Constitución de 1991, las últimas décadas han tenido significativas transformaciones sociales en cuanto a las prácticas familiares. La tendencia “ha sido la conformación de nuevas formas familiares, como las familias monoparentales con jefas de hogar” (Castrillón, 2013, p. 10). Igualmente, se pueden señalar importantes cambios en la construcción de los contextos de crianza de los niños:

Un cambio destacable en algunas familias colombianas tiene que ver con la crianza de niños y niñas en contextos de diversidad sexual, (...) niños y niñas que están criándose en familias de hecho, formadas por parejas del mismo sexo, alguno de cuyos miembros es el padre o madre biológico de los hijos e hijas y el otro (a) se convierte en adoptivo por su calidad de compañero o compañera del anterior. En otras situaciones los niños y niñas

son adoptados por alguno de los integrantes de la pareja, o provienen de distintas formas de procreación in vitro (...). Estos padres y madres solteros, posteriormente establecen parejas homosexuales, convirtiendo al nuevo integrante de la familia en una persona corresponsable de la crianza de los hijos e hijas □ una especie de “parentalidad solidaria”. Se encuentran también de manera más esporádica, personas que luego de haber asumido la paternidad o maternidad por la vía biológica o adoptiva deciden efectuar un cambio de sexo, lo cual plantea sin duda cambios y reorganizaciones en los procesos de la crianza (Zapata, 2009, p. 8).

Las transformaciones sociales se han visto seguidas de desarrollos jurisprudenciales (y en menor medida legales), que buscan responder a esta nueva realidad social. Es importante entender que los desarrollos jurídicos no se configuran como condiciones de posibilidad de nuevas realidades sociales. No abren la puerta a nuevas configuraciones familiares, sino que responden a transformaciones sociales en curso, extendiendo la protección legal a las nuevas realidades y conformaciones familiares.

Esta adaptación del derecho a las transformaciones sociales no se ha dado sin controversia. Por lo contrario, ha dado lugar a profundos debates sobre temas como la creación de la figura de la unión marital de hecho, el reconocimiento de la unión de parejas del mismo sexo y los requisitos propios para ser apto para un proceso de adopción. Este punto incluye el debate sobre adoptantes solteros y parejas del mismo sexo). Entonces, hablar de familia supone:

...hablar de diversidad en sus formas de constitución, en los modos de relación, (...) la familia es el escenario en el cual, paradójicamente, se expresan con mayor intensidad pretensiones homogenizantes y conservadoras, por ejemplo (...) heterosexualidad, parentesco y coresidencia como el sustento de la familia moderna (Zapata, 2009, p. 3).

*Reformando el concepto jurídico de la familia en Colombia: desarrollos legales y jurisprudenciales.* El concepto de familia tradicional en Colombia generó un resquicio en la igualdad que se proclama en un Estado Social de Derecho. Es un concepto eminentemente conservador

(Prieto, 2015). En el marco del Estado Social de Derecho, la Asamblea Constituyente de 1991 estableció en la Carta Magna que la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (Inciso 1. Artículo 42. Constitución Política 1991). En este sentido, los constituyentes formalizaron el derecho que le asiste a todo ciudadano de tener una familia que, en principio, se caracteriza por su cualidad monogámica y una consensualidad responsable.

En la norma citada, es evidente cómo dentro de la noción de familia se busca incluir no únicamente a los matrimonios, sino también a las uniones maritales de hecho. La decisión libre será el aspecto fundamental para la conformación de una familia.

Un vistazo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional da cuenta de la transformación del derecho de familia en torno a los principios constitucionales descritos, reconociendo así las realidades sociales presentes en el país. Esto se hace evidente en la construcción de un nuevo concepto jurídico de la familia. Al principio, se entendía como una institución conformada exclusivamente por una pareja heterosexual vinculada por el matrimonio. Luego, como una institución sociojurídica de carácter flexible, cambiante, amplio y cimentado en la igualdad.

La Corte Constitucional ha sido fundamental para el surgimiento de esta nueva concepción de familia. Ha permitido que aflore el estudio de figuras como la unión marital de hecho, los beneficios de acceso a seguridad social propios de la familia, el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI, entre otros.

A continuación, se presenta un estudio de los principales temas constituidos a partir de este nuevo concepto de familia. Estos permitirán construir una línea jurisprudencial que evidencie las tendencias hacia este movimiento.

*Fundamento jurisprudencial del concepto contemporáneo de la familia en Colombia: de un concepto jurídico conservador a una concepción amplia.* El desarrollo y los cambios jurisprudenciales en el concepto de familia concluyen en la noción de familia contemporánea. La última es uno de los eslabones necesarios para el análisis de la institución de patria potestad.

La concepción constitucional de familia fue analizada con base en la metodología de López (2006) para el análisis de sentencias y la elaboración de líneas jurisprudenciales. El primer paso es identificar la pregunta sobre la cual se realizará una búsqueda jurisprudencial.

En este caso, ¿es el concepto jurídico de familia, manejado después de la expedición de la Constitución de 1991, un concepto de familia amplio? Partiendo de este punto, se puede dar inicio a la investigación sobre jurisprudencia proferida por la Corte, relacionada directamente con el problema a resolver. López (2006) lo divide en tres niveles: la identificación del punto arquimédico de apoyo, la implementación de la ingeniería de reversa y la elaboración del nicho citacional.

La identificación del punto arquimédico, según López (2006), responde a la recursividad del investigador para identificar la sentencia con la que se intenta dar solución a las relaciones estructurales entre varias sentencias y contribuye a identificar la “sentencia hito”. Esta es aquella que “pertenece al repertorio frecuente de sentencias que la Corte cita en fallos subsiguientes y que provee la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia” (López, 2006 p.170). Una vez identificado el punto arquimédico, se aplica la “ingeniería de reversa”. Esta es la herramienta bajo la cual se analiza este fallo a profundidad. Es decir, el que conforma el punto arquimédico. Todo con el fin de elaborar una lista de fallos citados en dicha providencia, seleccionando aquellas sentencias relacionadas directamente con el escenario constitucional a estudiar.

Finalmente, con la selección y el análisis de los fallos previos a la sentencia arquimédica, se da inicio a la última etapa de la metodología: la elaboración del nicho citacional. Esto se hace por medio de la identificación de los puntos comunes referenciados en cada sentencia. También se denominan “puntos nodales” y su finalidad es tener un número significativo de argumentos para definir las subreglas de investigación.

Asimismo, siguiendo el método presentado por López (2006), se identificaron los fallos más relevantes. Se determinaron las sentencias fundadoras de línea que son las comprendidas en el periodo desde la Constitución Política de 1991 hasta 2019. En cuyo caso, las primeras sentencias que desarrollan el concepto de familia fueron proferidas poco después de la Carta

política de 1991. Sientan las bases de la situación jurídica del concepto de familia en Colombia en esa época.

Se identificaron además de las sentencias hito, algunas consolidadoras de línea que, según López (2006), son aquellas en las que:

...la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional, y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea (...) buscan construir balances constitucionales más maduros y estables entre intereses contrapuestos. Estos balances se pueden hacer respetando (...) las definiciones hechas por los precedentes o, de otro lado, introduciendo cambios importantes a los mismos” (p.163).

Además, se citaron las sentencias modificadoras y las reconceptualizadoras de línea y se aclararon cuáles son los criterios vigentes de las Cortes en las sentencias dominantes.

El concepto central de esta línea jurisprudencial (la familia y su evolución) fue estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia T-523 de septiembre de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón). La providencia describe a la familia como el “ambiente y paradigma de relación social primaria más adecuada para el desarrollo humano, por lo cual, el Estado debe brindarle toda su protección”. Adicionalmente, determina los primeros lineamientos frente al alcance de este derecho. Señaló que las ‘familias de hecho’ están en igualdad de condiciones respecto a otros tipos de familia en cuanto a la protección que deben tener y que, en Colombia, no existe un único tipo de familia.

Esta igualdad de condiciones entre los tipos de familia las establece la sentencia T — 523 de 1992 y respaldan las sentencias C — 105 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), C — 595 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía) y T— 393 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Estas señalan que, tanto las familias creadas por el vínculo jurídico del matrimonio como las creadas por vínculo natural y de hecho, merecen ser reconocidas por el Estado, que debe garantizar su protección a todas sin distinción alguna.

La ampliación del concepto de familia no cubría aún todos los lineamientos de la igualdad. En los primeros pronunciamientos, se determinó que era inconcebible darle el mismo alcance jurídico a la unión marital de hecho estipulada en la Ley 54 de 1990 y al matrimonio. “En síntesis: sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre” (Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía).

En la misma línea de este pronunciamiento y con la misma magistratura ponente de la sentencia C-595 de 1996, la Corte reitera su precedente sobre la distinción entre la unión marital de hecho y el matrimonio. No obstante, declara inexequibles los artículos 39 y 48 del Código Civil en los que se definían la consanguinidad y afinidad ilegítimas. La Ley 294 de 1996 determinó que los miembros de la familia podrían ser los cónyuges o compañeros permanentes, el padre y la madre de familia. Incluso aunque no convivan en un mismo hogar los ascendientes o descendientes de los anteriores, junto con los hijos adoptivos y todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica. Esto amplió claramente el espectro del concepto de familia.

Así mismo se ha pronunciado la jurisprudencia frente al tema de la unión marital de hecho. Como se ha mencionado, las uniones de hecho no formalizadas mediante vínculo matrimonial civil o religioso han sido una práctica social presente a lo largo de la historia del país. No obstante, el derecho de familia seguía privilegiando la protección de las relaciones matrimoniales en algunos desarrollos jurisprudenciales.

En las últimas décadas, con base en la Constitución de 1991, se han dado diferentes avances respecto a la figura de la Unión Marital de Hecho. Ante las cuestiones y debates que surgieron frente a la Unión Marital de Hecho, regulada por la Ley 54 de 1990, es vital considerar el concepto de la Corte Constitucional emitido en su Sentencia C-098 de 1996. Aquí reconoce que, al regular las relaciones patrimoniales en unión marital de hecho, el legislador ha debido cobijar

también a las parejas homosexuales, pues se puede predicar entre ellos una comunidad de vida permanente. Además, se trata de un grupo socialmente estigmatizado y carente de protección legal. “El matrimonio y la unión de hecho comparten la característica esencial de ser instituciones creadoras de la institución familiar [y] sin embargo, ese idéntico trato no puede aplicarse enteramente a los asuntos relacionados con los derechos patrimoniales que se derivan de las sociedades conyugal y patrimonial” (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Sin embargo, como se evidencia en el aparte citado, aún no se considera que exista una verdadera igualdad entre la institución matrimonial y la unión marital de hecho, pues no se les da el mismo nivel de protección patrimonial.

Esta sentencia también determina que las uniones maritales de hecho solo pueden ser conformadas por parejas heterosexuales, estableciendo que:

La unión marital de hecho corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea solo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, “aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. La definición y las presunciones que contiene la Ley, en efecto, circunscriben la unión material de hecho a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen las parejas homosexuales (Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996).

Luego, nuevamente con un carácter conservador del concepto de familia, se profirió la sentencia C-533 de 10 de mayo de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) en la que se realizó una interpretación literal del texto constitucional. Se infiere que solo se puede conformar una familia a partir de la decisión de una pareja de establecerse como familia. Bajo esta interpretación, la principal característica de la familia es la existencia de un vínculo natural o jurídico. Esta posición fue reiterada por la Corte en las Sentencias T-999 de 2000, la T-1426 de 2000 y T-618 de 2000: a pesar de que la familia podía constituirse a partir de uniones maritales de hecho, solo podían conformarse por parejas heterosexuales. Esta posición también fue recalcada en la sentencia de unificación SU-623 de 2001, pues afirmó que las parejas homosexuales no constituían una

familia. Así que no podían obtener los beneficios de seguridad social que eran adjudicables a los miembros de un mismo núcleo familiar.

Respecto a lo anterior, el alto tribunal determinó que no existe discriminación cuando una EPS no reconoce como afiliado al cónyuge o compañero permanente de las parejas homosexuales. “En esa medida se ve claramente que, en el caso concreto, la E.P.S. demandada, al negar la afiliación al demandante, se limitó a aplicar debidamente las disposiciones referentes a las condiciones necesarias para acceder al régimen contributivo de seguridad social en salud. Su actuación no constituyó entonces una interpretación discriminatoria y arbitraria de las normas vigentes en la materia, y por lo tanto no vulneró el derecho a la igualdad del demandante” (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Durante esta misma época, la Corte Constitucional también negó el acceso a la adopción (Sentencia C-814 de 2001) y a la pensión de sobrevivientes (Sentencia T-349 de 2006). El argumento principal fue: “la familia que el Constituyente protege es la heterosexual y monogámica” (Corte Constitucional, Sentencia C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

De acuerdo con la providencia C— 814 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se deben entender por vínculos naturales aquellos que unen a las personas en la familia por los diferentes grados de consanguinidad. Los vínculos jurídicos hacen referencia a los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos. También por la voluntad responsable de constituir una familia cuando un hombre y una mujer deciden vivir juntos. Esta interpretación jurisprudencial, frente a la protección constitucional para la familia monogámica y heterosexual, planteó nuevamente la discusión sobre las diferentes posibilidades de constituir una familia.

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia T—163 de 2003 sobre el concepto de familia, los actos de seguridad social y el derecho al acceso al mismo, intentó dar solución a la pregunta que se plantea a raíz de la demanda: ¿se deriva el concepto de familia únicamente de los vínculos de consanguinidad? Finalmente, afirmó que “la familia no se estructura en torno a las relaciones de consanguinidad, afinidad y existencia de obligaciones, como los alimentos. La familia se organiza en torno a la solidaridad” (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). Esta sentencia

hito, marcó un precedente en el desarrollo del concepto de familia, abrió la posibilidad de desligar del concepto de familia los conceptos de familia biológica y la noción de pareja y amplió el espectro de posibilidades de formación de familia.

La familia dejó de entenderse como la decisión de una pareja de establecerse como tal, para transformarse en la consecuencia de una decisión personal. Por ejemplo, la decisión de tener un hijo por cualquier medio científico —en el caso de las familias uniparentales— por decisión o por cualquier circunstancia.

Este precedente de la Corte Constitucional cambió con la expedición de la Sentencia C-075 de 2007 que, en virtud del principio de igualdad, reconoció la posibilidad de las parejas del mismo sexo para cobijarse bajo la figura de la Unión Marital de Hecho. Así dio solución a la pregunta ¿viola la ley, al limitar el régimen de sociedad patrimonial a uniones entre hombre y mujer, el acceso a los derechos fundamentales a la igualdad, al respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo? En este sentido, en esta sentencia, la Corte expresa que, con el fin de evitar un trato discriminatorio contrario a la dignidad humana y a la Constitución, de existir una unión marital de hecho de personas del mismo sexo, se le debe aplicar el mismo régimen patrimonial de las parejas heterosexuales. En resumen, mantener el régimen de protección únicamente para parejas heterosexuales es ignorar la realidad y resulta discriminatorio para la población homosexual.

Este cambio de precedente en la jurisprudencia constitucional tuvo un gran impacto en materia de derechos para las personas homosexuales y para la redefinición del concepto de familia. Se amplió el tema sobre derechos de las parejas homosexuales en cuanto a igualdad y libertad de asociación. La posibilidad que ahora tienen las parejas del mismo sexo de constituir uniones maritales de hecho generó una serie de ampliaciones para el acceso a derechos que son concedidos a los miembros de un mismo núcleo familiar. Esto implicó un reconocimiento implícito —y por lo tanto una ampliación de la misma naturaleza del concepto de familia— de las parejas homosexuales como familia, que se da mediante las Sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008.

Estas sentencias admiten, respectivamente, la posibilidad de acceder a beneficios en salud y a la pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo.

En dicho pronunciamiento de 2007, se buscaba que la Ley 100 de 1993 en su artículo 163 incorporara dentro de los beneficiarios del régimen contributivo de salud a las parejas permanentes homosexuales. La Corte decidió la exequibilidad de la expresión demandada, por medio de un análisis de los elementos doctrinarios establecidos en la Sentencia C-075 de 2007 sobre el alcance de los derechos de las parejas del mismo sexo. El régimen que se demanda está relacionado con los efectos patrimoniales de la unión de hecho entre parejas del mismo sexo y con el acceso a los servicios de salud. La Corte, por su parte, considera que hay un déficit de protección y otorga la cobertura a las parejas del mismo sexo, dando aplicación al principio de progresividad en materia de seguridad social, reconocido expresamente por la Carta en el artículo 48: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social”.

De tal manera que, se declara exequible condicionadamente el artículo en mención y se da a entender que las parejas del mismo sexo también pueden ser beneficiadas del régimen de protección de la Ley 100 de 1993. El pronunciamiento de 2008 es la respuesta a la demanda de los artículos 47 y 74 de la misma Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Se declaró exequible de manera condicionada el bloque acusado, bajo el entendido de que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo. Solo si su condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Es relevante entonces notar cómo el desarrollo jurisprudencial de la Corte amplía claramente la protección del Estado a cualquier tipo de familia y el reconocimiento a la libertad de cada uno para conformar otro tipo de familia diferente a la tradicional. “(...) la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado Social de Derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y

a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual” (Sentencia T-1241 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

En la misma línea, la Sentencia T-1163 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentería) amplía nuevamente la noción de familia, indicando que puede existir otro tipo de conformación. Por ejemplo, una hermana y sus hermanos menores, siendo aquella considerada jurídica y fácticamente como mujer cabeza de familia.

Sobre el particular la Sala verifica que tratándose de familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores necesitados de protección entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción (Sentencia T-1163 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería).

La anterior posición se ve reforzada por la Sentencia C-029 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la cual reconoce que el concepto de familia tradicional fue el que se pensó originalmente como acreedor de la protección del Estado. No obstante, los principios constitucionales de dignidad de la persona humana, igualdad y solidaridad amplían esta protección a otras formas de conformación de la familia.

Esto evoluciona incluso más el estándar adoptado en la Sentencia la C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la cual la Corte se centra en el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo. También intenta dar solución los problemas jurídicos planteados a continuación: ¿Incluso si la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista

para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio? En esta sentencia la Corte define al concepto de familia como fundada “en el amor, el respeto, y la solidaridad”. También la caracteriza “por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros e integrantes más próximos”, incluyendo a las parejas del mismo sexo dentro de la definición y dando cuenta de la flexibilidad necesaria para abarcar toda una diversidad de prácticas sociales familiares.

Tal como explica el doctrinante Páez (2013), “la voluntad responsable de conformar una familia se convierte entonces en condición suficiente para darle origen a la misma y así merecer la protección del ordenamiento jurídico” (p. 234). Esta reconceptualización de la familia permitió que la misma Corte Constitucional aceptara que el acceso a la pensión de sobrevivientes y a los beneficios en salud para parejas del mismo sexo, funcionaron como una ampliación explícita del concepto de familia mediante el otorgamiento de derechos a este tipo de familia. Esto sucede en la Sentencia T-716 de 2011:

La argumentación utilizada por la Corte para defender la exigibilidad de la pensión de sobrevivientes frente a las parejas del mismo sexo fue diferente, en tanto se centró en la equivalencia entre las relaciones de ayuda mutua y solidaridad con las parejas de diferente sexo, de modo que tanto en uno como en otro caso fue exigible la prestación. Ello al margen de vincular a las parejas del mismo sexo como partícipe del concepto de familia, al menos no de manera expresa.

Esta omisión tenía lugar con base en la dinámica del precedente constitucional, el cual había reconocido distintos derechos a las parejas del mismo sexo, pero se había abstenido de prever explícitamente su condición de familia. Esa argumentación planteaba una paradoja: la Corte había extendido un grupo de derechos y posiciones jurídicas a las parejas del mismo sexo, que habían sido reconocidas por el ordenamiento a las parejas de diferente sexo, en razón de conformar grupos humanos constitutivos de familia (Sentencia T-716 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. CConst.).

La Corte también expresó en Sentencia T-717 de 2011 que la declaración de la unión marital de hecho de parejas homosexuales puede hacerse judicialmente sin necesidad de conciliación o escritura pública. Tratándose de parejas del mismo sexo que pretendan, por medio de una tutela, declarar la unión marital de hecho, el requisito de subsidiariedad para la procedibilidad de la tutela debe aplicarse con mayor laxitud. Esta misma sentencia señala la posibilidad de conformar una unión marital de hecho como un derecho fundamental. Al modificar el estado civil de las personas, este haría parte del derecho constitucional a la personalidad jurídica.

(...) resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales (Sentencia T-717 de 2011, CConst. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Adicionalmente, la Corte planteó en su jurisprudencia un criterio de “asimilación” entre la pareja del mismo sexo y la familia conformada por un vínculo heterosexual. Esto planteó una disconformidad argumentativa que se consideró discriminatoria por desconocer la diferencia y que fue superada en la sentencia C-577 de 2011. Este movimiento de ampliación en la protección de la familia también fue plasmado en la Sentencia C-238 de 2012. Aquí se reconoce la posibilidad de que los compañeros permanentes del mismo sexo tengan acceso a la porción conyugal. Lo anterior, teniendo en cuenta que:

No hay, entonces, motivo constitucionalmente atendible que justifique negar al compañero o compañera del mismo sexo que sobrevive al causante el derecho a recoger la herencia de la persona con quien conformó una familia, menos aún si, con el propósito protector que inspira la regulación superior de la familia, ese derecho ya ha sido reconocido al compañero o compañera permanente que sobrevive tratándose de la unión de hecho integrada por heterosexuales, también reconocida como familia y, por este aspecto, equiparable a la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

La reestructuración del concepto de familia ha sido reconocida no solo por la Corte Constitucional, sino también por las otras Altas Cortes colombianas. Muestra de esto es lo expresado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en su sentencia del 11 de julio de 2013.

[La familia] Es una estructura social que se construye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por tanto, sin bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor; lo que estructuran y le brindan cohesión a la institución (Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de julio de 2013, M.P. Enrique Gil Botero).

En la reestructuración referida, se incluye la amplitud en el concepto de familia. La sentencia T-606 de 2013 (Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Ríos) menciona la familia de crianza como aquella donde hay relaciones de afecto, comprensión, respeto, protección y solidaridad.

Posteriormente se dieron otros pronunciamientos con la sentencia C-071 y C-683 de 2015 del (M.P. Jorge Iván Palacio). En la primera, se precisa que las parejas del mismo sexo pueden adoptar siempre y cuando la solicitud recaiga sobre el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. En la segunda, se permite a las parejas del mismo sexo habilitadas para adoptar que lo hagan conjuntamente. Esta modificación se fundamentó en la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos que consagran la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Posteriormente, en la sentencia SU-214 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos), se garantiza finalmente el matrimonio igualitario y se da evolución al significado social y jurídico de la palabra matrimonio y el concepto de familia. La decisión evalúa si celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo, en lugar de una unión solemne innominada, con miras a suplir el déficit de protección declarado por la Corte en Sentencia C-577 de 2011, configura una violación del artículo 42 Superior. También valora si la celebración de matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo constituye una interpretación adecuada de la sentencia precedente citada (C-577). Un ejercicio válido de la autonomía judicial y una materialización de principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana.

También se analiza los alcances de la sentencia dl 26 de julio de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y subsiguientes para determinar que la unión de parejas del mismo sexo sí tiene efectos jurídicos. Lo anterior, con base en argumentos del déficit de protección reconocido en este pronunciamiento, también busca garantizar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio y así amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas.

La sentencia de unificación culmina determinando que el matrimonio de parejas del mismo sexo, que se haya formalizado y solemnizado con posterioridad al 20 de junio de 2013, goza de plena validez jurídica. Se ajusta a la interpretación constitucional plausible de la Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011, puesto que se actuó en conformidad con el principio constitucional de autonomía judicial. El cual está previsto en el artículo 229 de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La familia, entonces, deja de ser una institución conformada y validada jurídica y socialmente por conceptos históricos del derecho romano, sociológicos de la cultura nacional o religiosos. La familia pasa a ser una institución en la cual es fundamental la autonomía de las personas que por su libre voluntad —y por cualquier medio legalmente reconocido—deciden conformar una familia. Este desprendimiento que tuvo la figura de familia del imaginario de lo “tradicional” permite el reconocimiento social válido de las familias no hegemónicas, de familias diversas y de

nuevas formas en las que la misma surge. Siempre y cuando se mantengan los vínculos de solidaridad, fraternidad, apoyo y cariño.

Todos los cambios anteriormente mencionados contienen el fundamento del concepto contemporáneo de la familia en Colombia. Se evidencia el tránsito de un concepto jurídico conservador a una concepción amplia. Es de resaltar la labor de las Cortes ante los vacíos e inexactitudes legislativos para la protección de los derechos. El movimiento descrito se muestra en la siguiente figura donde se hace un bosquejo de la línea jurisprudencial que va ampliando cada vez más el concepto de familia. Vale decir que existen otros pronunciamientos que reconocen los derechos de los integrantes de las nuevas tipologías familiares y algunas de las que se exponen, más que ser sentencias “hito” reafirman los derechos protegidos.

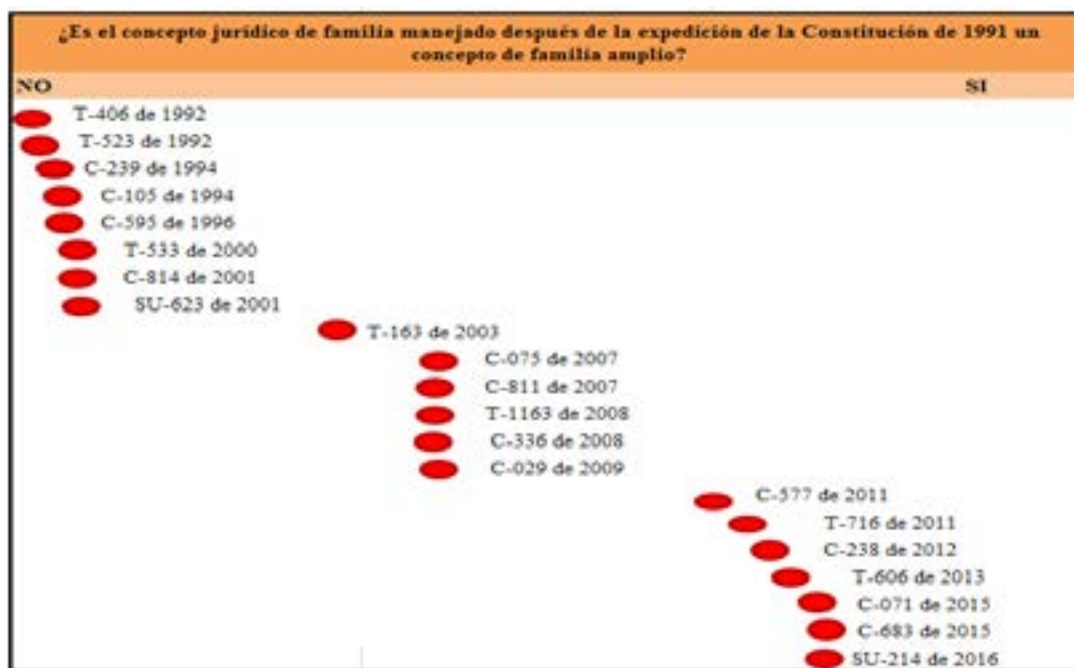


Figura 1. Movimiento jurisprudencial en términos de amplitud del concepto de familia en Colombia.

En suma, el cuadro anterior permite conocer gráficamente los cambios jurisprudenciales que ha tenido la Corte Constitucional colombiana en cuanto al concepto de familia. De una noción de familia tradicional, conformada por relaciones heterosexuales y determinada por vínculos biológicos, se ha evolucionado hacia un concepto de familia amplio en el que se reconoce la diversidad de formas de conformación de esta institución. Esto, entre otras cosas, se evidencia al

reconocer los derechos patrimoniales derivados de la unión marital de hecho, el matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

A continuación, veremos cómo la familia contemporánea también altera el balance entre los principios constitucionales, la patria potestad y la responsabilidad parental.

### Capítulo III

#### **Nuevos principios constitucionales de la familia colombiana y la patria potestad**

Habiendo estudiado los movimientos históricos de la patria potestad, es necesario revisar el estado normativo actual de la familia contemporánea en Colombia. El objetivo de esta sección es analizar el alcance jurídico de la patria potestad en el derecho de familia, desde la responsabilidad parental contemporánea. Lo anterior mediante el estudio de los principios de la Constitución Política colombiana, el alcance de la patria potestad modelado por la jurisprudencia constitucional, y la responsabilidad parental colombiana.

#### **La familia contemporánea en Colombia**

El contenido constitucional y su desarrollo por parte de la Corte Constitucional permitieron la implementación de un nuevo modelo jurídico de familia al cual la legislación debe responder. La Constitución de 1991 trajo consigo una serie de principios que han de guiar el actuar y la interpretación jurídica de las relaciones familiares. Estos se encuentran contenidos en el artículo 42 y siguientes de la Carta Política. Es posible dividirlos en tres categorías: los principios constitucionales de la familia, los principios constitucionales de pareja y los derechos constitucionales de los niños y adolescentes.

Estos principios no han sido fundamentales para el desarrollo de un nuevo concepto jurídico de familia. También han sido esenciales en la construcción de una nueva orientación del derecho de familia colombiano al ser el norte de la misma. A continuación, estudiaremos el contenido detallado de cada uno de estos grupos de principios. Daremos cuenta de las formas afectadas por las tensiones y relaciones que surgen entre la patria potestad y la responsabilidad parental.

**Los principios constitucionales de la familia.** Estos están establecidos en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia. Además de determinar que la familia es una institución básica para la sociedad, el artículo 42 implanta principios que han permitido constituir un nuevo modelo de familia. Sirven como horizonte para la interpretación de las relaciones familiares en Colombia. Tales como, la protección integral de la familia, la autonomía familiar, el pluralismo y

la igualdad de derechos, y la armonía familiar. A continuación, procederemos a analizar el contenido de cada uno de estos principios.

**El principio de protección integral de la familia.** Este hace referencia a la responsabilidad que tiene el Estado de mantener los derechos fundamentales y establecer las normas que regulen las relaciones familiares de una manera cabal y efectiva (Jiménez, 1998). La interpretación de este mandato se ha ido precisando progresivamente por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la Sentencia C-105 de 1994, la Corte Constitucional estableció que la protección integral por parte del Estado debe aplicarse a toda familia. Es irrelevante si se conforma a través de vínculos jurídicos o naturales. Posteriormente, en la Sentencia C- 840 de 2010, dicha institución dispuso que la única forma de concretar la aplicación del principio bajo estudio es reconociendo la importancia que ostenta la familia en la estructura social propia del contexto actual colombiano.

**El principio de autonomía familiar.** Este implica que las decisiones relacionadas con la formación de los menores deben ser regidas por la voluntad de los padres y por la autoridad que los mismos ostentan sobre los menores. La Corte Constitucional ha reconocido que, en caso de controversia que genere duda e involucre la intimidad y la autonomía de una familia, deben respetarse estos derechos mediante la aplicación del concepto de *in dubio pro familia*. Lo cual se condensa en el criterio de los padres sobre la materia en concreto.

**El principio del pluralismo y la igualdad en la familia.** Basado en el artículo 42 de la Constitución Política, este es un concepto amplio que admite una diversidad de formas de conformar y de ser familia.

La Corte Constitucional ha determinado que “(...) el carácter maleable de la familia se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia de acuerdo a sus propias opciones de vida”. Siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales de sus miembros. En razón de este carácter pluriétnico y multicultural del Estado colombiano, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”. Por lo que no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el re-

chazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia” (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

De esta manera, se abre espacio para un concepto amplio de familia que reconoce que la misma puede ser constituida por personas divorciadas, un solo padre y vínculos naturales entre parejas convivientes heterosexuales u homosexuales (Jiménez, 1998). Incluso conformadas por vínculos afectivos no relacionados con el parentesco (familias de crianza). Además, el principio de igualdad permite que todas las familias —en la gran diversidad que puedan presentar—sean sujeto de una especial protección por parte del Estado y acreedoras de todos los derechos propios de esta institución social.

**El principio de armonía familiar.** Este comprende uno de los pilares esenciales de la Constitución Política para la construcción del régimen de relaciones familiares y del concepto de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Más el derecho a que el Estado promueva la estabilidad, garantice y proteja integralmente la unidad familiar.

La materialización de la protección de la familia se da mediante los poderes sancionatorios del Estado y la prohibición constitucional de todo tipo de violencia. No solo física o psicológica, sino también “la que se engendra en las formas veladas de poder, en las injusticias sociales o en las presiones antijurídicas sobre sus miembros” (Sentencia C-368 de 2014). Este principio es “el dispositivo normativo del derecho a mantener la unidad familiar, (...) constituye la traducción en clave de derechos-deberes de la más genuina voluntad del constituyente” (Sentencia C-368 de 2014).

### **Los principios constitucionales de la pareja**

Además de los principios constitucionales que rigen la familia a un nivel macro, los artículos 42 y 43 de la Constitución Política consagran otros que rigen las relaciones de pareja en Colombia. Primero, la igualdad de derechos y deberes en la pareja; segundo, la autonomía procreativa; y tercero, la solidaridad y comunidad conyugal.

**El principio de igualdad de derechos en la pareja.** Este principalmente se refiere a la equidad de derechos y deberes entre dos personas. El desarrollo de este principio no es reciente,

sino que empezó a atisbarse en Colombia desde el año 1936. Se consolidó con rango legal en 1982, se constitucionalizó con la Carta de 1991 y alcanzó las Altas Cortes colombianas con casos como las Sentencias C-047 de 1994 y C-105 de 1994.

La igualdad de la pareja cobra importancia con la precaria situación en la que se encontraban los derechos y deberes de la mujer. El Decreto 2820 de 1974 establece las mismas exigencias y prerrogativas para la mujer y el hombre, a través de la eliminación de la potestad marital del marido sobre la señora. También se consagra que la patria potestad estará en cabeza de ambos padres y se determina la dirección conjunta del hogar y del sostenimiento de la familia. Esta y sucesivas normas promovieron la igualdad de derechos y deberes de ambas partes en las relaciones familiares, hasta que alcanzaron un nivel constitucional en 1991.

En la Sentencia C-507 de 2004, la Corte Constitucional estableció que recaerá una presunción de inconstitucionalidad sobre las clasificaciones que el legislador haga basadas en el género. A menos que se trate de la realización de una acción afirmativa. Los integrantes de una pareja deberán tener los mismos derechos y deberes, pues toda diferenciación basada en criterios sospechosos (género u otras categorías de análisis socio-jurídico) se cobija en una presunción de ilegalidad. A través de legislación positiva y el desarrollo jurisprudencial, se ha logrado materializar progresivamente el mandato constitucional bajo estudio sobre las relaciones familiares.

**El principio de autonomía procreativa.** El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia establece que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. La finalidad de este principio es evitar la intromisión del Estado en decisiones personalísimas como la decisión del número de hijos de una pareja. A pesar de no ser el foco de este texto, es importante mencionar que la autonomía reproductiva es un principio intrínsecamente relacionado con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad. Por lo mismo, ha sido invocado en el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos.

Muestra de esto son los argumentos presentados en la interrupción voluntaria del embarazo. Se invoca el principio de la autonomía reproductiva como mecanismo jurídico que impide al

Estado tomar decisiones sobre los cuerpos de las mujeres como individuos y de las parejas como sujetos de familia.

**El principio de solidaridad.** La Corte Constitucional lo caracteriza como inherente al Estado Social de Derecho y, en la Sentencia C-459 de 2004, lo divide en tres dimensiones: i) una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; ii) un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; iii) un límite a los derechos propios.

La aplicación de este principio en el derecho de familia colombiano se dirige principalmente hacia la obligación de alimentos. De acuerdo con la Sentencia T-1033 de 2002, el principio de solidaridad es “(...) según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos”.

### **Principios constitucionales de los niños y adolescentes**

Las disposiciones constitucionales, específicamente el artículo 44, más que establecer una serie de principios, enuncia una serie de derechos fundamentales a los cuales los niños y adolescentes tienen acceso. Adicionalmente, este artículo enuncia el principio de la prevalencia de los derechos de los niños cuando sus derechos se vean ponderados con los derechos de otros sujetos. A lo que se suma el principio del interés superior del menor, derivado del artículo 13 de la Carta Política, en virtud del cual los menores son sujetos de especial protección por parte del Estado por considerarse en estado de debilidad manifiesta.

De igual manera, el artículo 45 de la Carta Política establece que los adolescentes serán sujetos de los derechos a la protección y la formación integral. Entonces, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos fundamentales de los niños son:

...la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual,

explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

A pesar de la diferenciación conceptual presentada en este aparte, es fundamental establecer que los tres grupos de principios constitucionales se encuentran estrechamente vinculados. Se sobrepasan constantemente en la realidad colombiana, como sucede con la patria potestad. La diferenciación anteriormente realizada, es una ficción generada para permitir el análisis a profundidad de los diversos principios constitucionales que rigen las relaciones familiares en Colombia.

### **La patria potestad: alcances y limitaciones**

Los principios constitucionales consolidados en 1991 han influenciado el derecho de familia colombiano en su expresión legal, modificando y permitiendo la actualización de diversas normas de este campo del derecho. La patria potestad es una figura que no ha sido ajena a la constitucionalización del sistema jurídico colombiano, viéndose sometida a modificaciones orientadas a brindar mayor equidad a los progenitores e hijos.

El presente apartado pretende mostrar las disposiciones que rigen de la figura de la patria potestad en Colombia. Su relación con los principios constitucionales y un somero estudio comparativo de la regulación que tiene la patria potestad en el ordenamiento jurídico de Argentina y de Chile.

**La patria potestad en Colombia: la supervivencia del Código Civil en el derecho de familia a pesar del contexto histórico y constitucional de la institución. *Contexto histórico legislativo, concepto y contenido de la institución.*** Originalmente, la patria potestad era entendida a la luz de los preceptos del Código Civil, el cual establece en su concepción original la literalidad que contiene el artículo 288 de la Ley 84 de 1873:

El conjunto de derechos que la Ley da al *padre legítimo* [énfasis añadido] sobre sus hijos no emancipados. *Estos derechos no pertenecen a la madre* [énfasis añadido]. Los hijos de

cualquiera edad no emancipados se llaman hijos de familia, y el padre con relación a ellos, padre de familia.

Esta concepción, promulgada en 1873, evidencia el pensamiento social de la época. Muestra los más entrañados aspectos del pater familias romano. Demuestra la superioridad del hombre, la carencia de derechos en cabeza de la mujer o del menor, la relevancia del matrimonio religioso, la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, entre otros aspectos. Actualmente, estas palabras se consideran sociológica y jurídicamente obsoletas, pero es fundamental considerar el punto de vista de la época para entender nuestra tradición social. También meditar sobre el avance contemporáneo que ha tenido el concepto de patria potestad a través de la historia.

El artículo 53 de la Ley 153 de 1887 recalca el rol superior del padre sobre la madre y la desigualdad entre hijos legítimos e 'ilegítimos', entre otros aspectos sociológicos en desuso.

Artículo 53: La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley reconoce al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Muerto el padre, ejercerá estos derechos la madre legítima mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. Los hijos de cualquiera edad no emancipados serán hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos padre o madre de familias.

El artículo 13 de la Ley 45 de 1936, actualmente derogado, subrogó a su vez el artículo 53 de la Ley 153 de 1887 y mostró un ligero avance sociológico en la concepción de la patria potestad. Uno mucho más alineado con la concepción actual de esta institución, aunque obsoleta. Se evidenció la influencia de la moral y las buenas costumbres en el derecho y se conservaron elementos como: la disparidad entre hijos legítimos e ilegítimos y la superioridad del padre frente a la madre, entre otros.

Artículo 13. La patria potestad es un conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad impone. Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos, el padre, y a falta

de éste, por cualquiera causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

La Ley 75 de 1968 en su artículo 19 subrogó el Artículo 13 de la Ley 45 de 1936. Esta norma buscaba comprender el avance sociológico de las nuevas nupcias y su relación con los deberes paterno-filiales, al abrir un camino para la certeza de los derechos del hijo al presentarse este tipo de situaciones.

Artículo 19. La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos el padre y, a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre. *Si quien ejerce la patria potestad pasare a otras nupcias, el Juez podrá, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente, poner bajo guarda al hijo* [énfasis añadido]. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

La norma citada solo adiciona lo enfatizado, pero mantiene los mismos estigmas sociales que su predecesora. Aún 30 años después, no cambiaban las concepciones más grandes e importantes de la patria potestad. El Decreto-Ley 2820 de 1974, expedido por el Gobierno, modificó con fuerza de Ley el inciso 2º del Código Civil, brindando un nuevo brío a la concepción de la institución.

Artículo 24. El inciso 2 del artículo 288 del Código Civil quedará así: Corresponde a los padres conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de ellos la ejercerá el otro.

Esta reglamentación brinda paridad entre los derechos y obligaciones del padre y de la madre. También da fundamento a lo que posteriormente desarrollan varios pronunciamientos constitucionales.

Esta breve norma es dicente, novedosa y se ajusta a la realidad social. Prueba de ello es que parte de la misma se mantiene con excepción de la expresión “legítimos”, la cual fue declarada inconstitucional en la sentencia C-404 de 2013. Algunos términos de los artículos 288 y 289 del Código Civil fueron inexecutable. La patria potestad se ejerce de igual forma entre hijos legítimos y no legítimos respondiendo así al interrogante: ¿Constituye una discriminación por el origen familiar circunscribir la patria potestad como un ejercicio de los padres respecto de los hijos legítimos?

La institución en cuestión, con posteriores modificaciones en su interpretación constitucional, muestra el avance del derecho en el tiempo y los cambios sociológicos cotidianos. Amplía el enfoque de la patria potestad y se reconocen derechos a la madre y al padre equitativamente. También se avanza en el reconocimiento de la igualdad de hijos legitimados y no legitimados.

La titularidad recae exclusivamente en los progenitores de los mismos sin la posibilidad de transmitirla a un tercero. Es de carácter obligatorio e irrenunciable, temporal y gratuito, y no se puede disponer de ella. Se entienden, entonces, las anteriores como las características propias de la patria potestad. Para mayor claridad, se exponen las principales características de la patria potestad en la siguiente figura.



Figura 2. Características de la patria potestad.

Sobre la emancipación en la normatividad de patria potestad, el ordenamiento civil (artículo 288 al artículo 311) contempla la definición, legitimación, derechos inherentes, suspensión y terminación de la patria potestad. A partir del artículo 311 al 315, establece la definición y las

clases de emancipación. La tabla a continuación permitirá ubicar visualmente en el Código Civil, la regulación tanto de la patria potestad como de la emancipación en Colombia.

Tabla 1  
*La patria potestad y la emancipación*

<b>Patria potestad</b>	<b>Emancipación</b>
Definición (Art. 288 C.C.)	Definición (Art. 312 C.C.)
Legitimación (Art. 289 C.C.)	Emancipación voluntaria (Art. 313 C.C.)
Usufructo de los bienes de los hijos (Art. 291-294 C.C.)	Emancipación legal (Art. 314 C.C.)
Administración de los bienes de los hijos (Art. 295-304 C.C.)	Emancipación judicial (Art. 315 C.C.)
Representación legal de los hijos (Art. 305-309 C.C.)	
Suspensión (Art. 310-311 C.C.)	

Comparativo normativo entre la patria potestad y la emancipación en el derecho de familia colombiano.

El artículo 291 del Código Civil determina que los elementos constitutivos de la patria potestad son dos: el derecho de representación judicial y extrajudicial del menor, y el derecho de administración sobre sus bienes y el usufructo de los mismos. En relación a los derechos de los menores de edad, encuadra el cuidado por tercera persona, las visitas y la asistencia por terceros. El articulado también divide los deberes entre los de los hijos, padres y otros ascendientes. En cuanto a los hijos, estos tienen la obligación de respetar y obedecer a sus padres, cuidarlos, socorrerlos y auxiliarlos según la aplicación del principio de solidaridad. La Corte hace un llamado a las obligaciones conjuntas de los hijos para con los padres en la Sentencia C-451 de 2016. Señala que los hijos, en congruencia con el Art 251 del Código Civil, también deben responder por el cuidado y auxilio de los padres y de aquellos miembros familiares ascendentes que lo necesiten.

Respecto a los padres, el ordenamiento jurídico exige una serie de obligaciones que incluyen el cuidado personal, la crianza y educación de los hijos. Vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente. El articulado civil también reza que, dentro de los derechos de los padres, están las visitas, vigilancia, corrección, sanción y dirección de la educación. Nótese

que el Código Civil, en virtud del desarrollo constitucional frente al tema paternal, tiene como un derecho bifocal el de visitas establecido en su artículo 256.

Tabla 2  
*Derechos, deberes y mecanismos de sanción*

Deberes de los menores	Deberes de los padres	Deberes de otros ascendientes	Derechos de los menores	Derechos de los padres	Mecanismos de sanción
Respeto y obediencia (Art. 250 C.C.)	Cuidado y auxilio (Art. 251 C.C.)	Obligaciones ascendientes (Art. 252 C.C.)	Cuidado por tercera persona (Art. 254 C.C.)	Visitas (Art. 256 C.C.)	Cesación de los derechos de los padres (Art. 265-268 C.C.)
	Crianza y educación (Art. 253 C.C.)	Obligaciones abuelos (Art. 260 C.C.)	Visitas (Art. 256 C.C.)	Vigilancia, corrección y sanción (Art. 262 C.C.)	
	Crianza, educación y establecimiento (Art. 257 C.C.)	Extensión de la facultad de corrección (Art. 263 C.C.)	Asistencias del menor por terceros (Art. 261 C.C.)	Dirección de la educación (Art. 264 C.C.)	
	Gastos a falta de uno de los padres (Art. 258 C.C.)				

El mencionado cuerpo normativo cierra este apartado con la cesación de los derechos de los padres como mecanismo de sanción al incumplimiento de los deberes anteriormente mencionados.

**Terminación de la patria potestad.** La normatividad civil colombiana establece unas causales taxativas en virtud de la protección de los derechos de los menores y de su interés superior. Estas dan lugar a la cesación de efectos de la patria potestad e incluso al fin de la misma. La finalización se da gracias a la existencia de tres figuras consagradas en el Código Civil colombiano: la suspensión, la privación y la terminación de la patria potestad. Comenzando por lo más sencillo, la terminación se presenta cuando el hijo llega a la mayoría de edad o cuando logra su emancipación por las causales que determina el ordenamiento civil.

El artículo 310 del código civil determina que las causales de suspensión de la patria potestad son la demencia, el estar en entredicho la administración de sus propios bienes y la larga ausencia. Mientras que el artículo 315 determina que las causales de privación de la patria potestad son el maltrato, el abandono, la depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad y el haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. En el caso de un adolescente, si hubiese sido sancionado por homicidio doloso y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. También si se comprueba que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal.

***Causales de suspensión.*** Estas presentan ambigüedades y conflictos hermenéuticos cuando se ejecutan en la práctica jurídica. Se hace necesario la comprensión de las mismas desde el enfoque de la jurisprudencia nacional.

*La demencia.* La Corte Constitucional aclara desde 1999 que, el tener una condición de discapacidad, no es una situación que implique obligatoriamente la pérdida de la patria potestad.

Se tiene, por consiguiente, que si hay una situación de abandono se pierde la patria potestad, sea quien fuere la persona que la detenta. Si por ejemplo una madre con un impedimento físico pone en situación de abandono o peligro a su hijo, pierde a la patria potestad por esta razón, no por el impedimento. O sea que una madre muda no pierde la patria potestad por esa deficiencia. (...) Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores. Sería inhumano y abiertamente contrario a la justicia que, a una muda, por el único hecho de serlo, se le quitará su hija (CConst. Sentencia 755 del 27 de septiembre de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Por otro lado, cabe analizar la característica que debe tener la discapacidad cognitiva del progenitor para suspender la patria potestad de forma transitoria. La lógica de la suspensión es dejar transitoriamente el ejercicio de la patria potestad con la conciencia que la causal que la incita es igualmente transitoria. De lo contrario, sería mucha más pertinente la medida de la priva-

ción. La Corte Constitucional en sentencia C- 997 de 2004 y reiterada por la sentencia C-145 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) ha enfatizado que:

La Corte tuvo oportunidad de identificar las diferencias que, en relación con sus efectos, existente entre la suspensión y la terminación de la patria potestad en todos los casos. Sobre el tema precisó que, mientras las consecuencias de la suspensión son temporales, de manera que superadas las circunstancias que la motivaron es posible recuperarla por vía judicial, la terminación de la patria potestad tiene un carácter definitivo, siendo imposible su recuperación (CConst. Sentencia C- 997 del 12 de octubre de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

La Corte Constitucional en sentencia C-182 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) analizó el artículo 6º de la referida Ley 1412 de 2010. El demandante sostuvo que la expresión “discapacitados mentales” vulneraba los artículos 13 (derecho a la igualdad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad) y 42 (derecho a la familia) de la Constitución Política. Toda vez que se subsumía en una misma categoría a “quienes son discapacitados de manera absoluta y de manera leve o moderada”. Se indicó que existían diversos tipos de discapacidad que afectan en diferentes niveles la autonomía de la voluntad y que, en algunos casos, la afectación no es completa. Manifestó que existen situaciones en la vida de las personas en situación de discapacidad, que no requieren de un sustento o aprobación judicial para su realización.

Las discapacidades cognitivas e intelectuales deben ser moduladas. Las personas con estos obstáculos sociales deben ser protegidos por el Estado, para que la afectación a sus derechos fundamentales sea menos gravosa. En suma, esta providencia recoge las observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, referente al seguimiento de procedimientos y la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”. De modo que, mientras “la capacidad legal es la posibilidad de ser titular de derechos y de

ser reconocido como persona jurídica ante la ley (...) La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales relacionadas a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad. En este contexto, la Convención impone a los Estados, de una parte, la obligación de abstenerse de cualquier medida que prive a las personas con discapacidad del reconocimiento de su capacidad jurídica y, de otra parte, el deber de garantizar que los particulares no interfieran con el ejercicio de la capacidad jurídica de estos sujetos. De este modo, el Comité es enfático en afirmar que “[l]os Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos (CConst. Sentencia C-182 del 13 de abril de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

De acuerdo con lo expuesto, las personas en situación de discapacidad deben gozar de autonomía y capacidad jurídica sin restarles posibilidad de decisión en su esfera personal. Lo problemático en este aspecto surge cuando el padre con discapacidad se ve afectado en el cumplimiento de sus deberes parentales y afecta el desarrollo del menor. Se debe estudiar si respetar la personalidad jurídica del padre a pesar de su discapacidad sobre los derechos del menor con base en su desarrollo y bienestar. Es necesario que el protagonismo lo tome el activismo de los jueces, los cuales deben regular en principio el interés del menor, pero respetando la capacidad jurídica del padre. Este debería recibir apoyos que no vulneren sus derechos fundamentales y que, como última consecuencia, se considere la suspensión de la patria potestad.

La demencia a que hace referencia el artículo 310 debe entenderse como una condición que hace insuficiente las habilidades pertinentes para participar de ciertas figuras jurídicas. Por

ejemplo, la patria potestad. Mas la ubicación de la causal en las de suspensión y no en la privación implica que tal discapacidad cognitiva es de carácter transitorio. Lo anterior se corrobora bajo la sentencia T- 665 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Se demarca la conciencia jurídica sobre la necesidad de determinar el nivel de afectación mental que tenga la discapacidad para poder enmarcarla como causal de suspensión de la patria potestad.

La jurisprudencia no ha declarado la necesidad de un proceso de interdicción relativa como requisito para encontrar probada la demencia del padre como causal de suspensión de la patria potestad. No obstante, a la luz de principios Constitucionales como la defensa y el debido proceso, es menester que se pruebe la demencia del padre bajo criterios objetivos.

Esto ha sido reiterado en la Jurisprudencia en casos análogos donde la pretensión es determinar la interdicción de una persona. Un ejemplo de ello es la sentencia T- 1103 de 2004, en donde la Corte Constitucional analiza una tutela presentada en contra del decreto de interdicción provisional. Los demandantes, en el proceso de jurisdicción voluntaria de interdicción por discapacidad intelectual o cognitiva, no aportaron un certificado médico que acreditara su estado de salud ante un despacho judicial.

Se incurrió en una vía de hecho porque admitió una demanda de interdicción por demencia sin que ésta estuviera acompañada de un certificado médico, y omitió notificar el auto admisorio de la demanda de interdicción a quien sería declarada interdicto, a pesar de que desde hacía aproximadamente 8 años no presentaba una crisis de esquizofrenia (CConst. Sentencia T-1103 del 4 de noviembre de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

La demencia no debe estar sujeta a percepciones subjetivas de quien alegue la causal de suspensión de la patria potestad. Ni siquiera del mismo padre que supuestamente tiene tal causal. Esta debe ser determinada por un juez posteriormente a un debido dictamen médico que confirme la condición del padre. Sin esto, se estarían afectando los derechos del menor y de los padres.

Específicamente, la jurisprudencia expresa en relación a la demencia, una noción general en los siguientes términos:

Puede afirmarse que la palabra “demencia” en los tiempos del Código Civil (1887), se asociaba a un trastorno mental y de comportamiento irreversible con síntomas similares a los derivados de la locura, idiotismo e imbecilidad. El Código Civil utiliza el concepto de demencia en los artículos 127 (testigos inhábiles para presenciar y autorizar un matrimonio), 251 (la obligación del hijo emancipado de cuidar a sus padres en estado de demencia), 310 (suspensión de la patria potestad por demencia), 1025 (indignidad sucesoral), 1061 (inhabilidades testamentarias), 1068 (inhabilidad para ser testigo de testamento solemne), 1266 (causales de desheredamiento -por no haberlo socorrido en el estado demencia-) y 1644 (inhabilidad sobreviniente de la persona diputada para el pago). Como se observa, las disposiciones que utilizan el concepto lo hacen con el objeto de proteger a la persona, pero también, como causal para impedir que una persona participe de ciertos actos jurídicos debido a “sufrir de demencia” (CConst. Sentencia C-046A del 9 de febrero de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

El pronunciamiento fragua un criterio común a la lógica normativa que regula la demencia como impedimento para la participación de los padres en ciertos actos jurídicos. La Corte concluye que la condición de demencia en el artículo 310 del Código Civil tiene como fin proteger a la persona que sufre un padecimiento. Su condición puede ser gravosa para sus derechos y para los derechos de los demás, sobre todo al tratarse de la crianza y el cuidado de menores de edad. No obstante, en la misma sentencia más adelante la Corte hace referencia la noción actual:

La “demencia” es solo una clase o tipo de discapacidad intelectual o mental, pues existen otros trastornos médicos que pueden dar lugar a este tipo de discapacidad, como lo son la esquizofrenia, el trastorno bipolar, el síndrome de Down, entre otros. De igual manera, la “demencia” tiene varias tipologías dentro de la ciencia médica, como lo son el Alzheimer, la demencia senil, entre otros, y también varios niveles de afectación (leve, moderada o grave). Por ello, debe entenderse que la “demencia” es una especie dentro del género amplio del concepto de discapacidad mental o intelectual. Por tanto, no es posible hacer esta sustitución simple del contenido normativo, pues podría configurarse una restricción al ejercicio de los derechos fundamentales de

la población con discapacidad (CConst. Sentencia C-046A del 9 de febrero de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

Entonces, puede afirmarse que la demencia es un tipo de discapacidad cognitiva que se mide en niveles, lo cuales deben ser calificados por médicos especialistas. La Corte refiere que, el tratamiento del Código Civil sobre las personas con demencia, debe ser entendido a la luz de las necesidades actuales y los avances médicos. Solo estos determinarán el nivel de discapacidad cognitiva. No obstante, con base en la causal de suspensión de la privación de la patria potestad, se considera que debe sopesarse con el principio del interés superior del menor.

La Corte fija la necesidad de que las discapacidades en sí sean una consecuencia directa del incumplimiento de los deberes paternos. Sería arbitrario asegurar que, por el simple hecho de tener una discapacidad, hay un impedimento intrínseco para el ejercicio de la paternidad. Los dictámenes médicos llevarán al juez a optar por las medidas menos gravosas tanto para el menor, el padre y los lazos familiares.

*Estar en entredicho la administración de sus propios bienes.* Si bien la jurisprudencia es deficiente en cuanto a esta causal de suspensión de la patria potestad, es menester mencionar que esta tiene como razón de ser la fundamentación de los derechos inherentes de los padres en virtud de la patria potestad, ya que teniendo en cuenta que los padres tienen el derecho de usufructuar, administrar los bienes de sus hijos resulta paradójico que ante una mala conciencia económica por parte de estos sobre sus propios bienes se les permita disponer de los bienes de los menores.

No obstante, es pertinente mencionar que la conciencia económica deficiente en la administración de los bienes propios de los padres debe ser medida bajo criterios objetivos, la Corte Constitucional en sentencia T-1220 de 2003 ha mencionado:

Tal como ha sido puesto de presente por la jurisprudencia civil, para establecer la disipación no basta con acreditar un detrimento patrimonial, sino que quien pretende la interdicción debe probar los actos de repetida prodigalidad, puesto que se trata de la adopción de una medida excepcionalísima de privación de la capacidad civil contra quien por una

conducta desequilibrada está derrochando su patrimonio (CConst. Sentencia T-1220 del 11 de diciembre de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Así entonces, lo que este aporte determina es que la prodigalidad que debe padecer el padre para ser suspendido de la patria potestad debe basarse en factores constantes que pongan en riesgo el patrimonio tanto personal como familiar, trayendo como consecuencia directa una afectación a los deberes parentales para con su hijo. Además, en la misma sentencia se menciona que los hijos están legitimados para iniciar un proceso de interdicción con sus padres por disipación, tal posición es la que corrobora la idea de que la demostración de la prodigalidad se haga mediante decisión judicial y que uno de los interesados puede ser el hijo que reconoce que la inconsciencia económica de su padre le está generando un gravamen en su desarrollo y en el cumplimiento de los deberes que su padre tiene con él.

Con el interés de confirmar lo anterior, en sentencia de Constitucionalidad C-466 de 2014, se menciona la necesidad de permitir que mediante figuras jurídicas como la interdicción relativa por disipación se proteja la dignidad familiar, así lo aclara la Corte:

La Constitución ordena proteger “especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” (CP art 13). En estas circunstancias de debilidad manifiesta se encuentran claramente dos clases de personas civilmente incapaces: quienes padecen discapacidad mental y los sordomudos que no pueden darse a entender. Los menores de edad, por estar en una etapa inicial de desarrollo físico y mental, tienen también derecho a contar con medidas especiales de protección, que les aseguren precisamente su desarrollo personal pleno y armónico. Esto último se infiere del texto Constitucional (arts. 13 y 44), interpretado a la luz de dos tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art 93), como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art 10.3) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo), y también de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (art 25.2). Los dilapidadores interdictos no son en cambio, por sí mis-

mos, sujetos de especial protección Constitucional. Con todo, como ha señalado la doctrina nacional, la incapacidad relativa de ejercicio se origina, en este caso, en la prodigalidad con la cual administran el patrimonio familiar, la cual pone a su propia familia ante circunstancias de vulnerabilidad económica. El derecho a vivir dignamente de quienes integran la familia del dilapidador interdicto, influye en que se active, en determinadas hipótesis, un deber de protección especial a su favor, en el orden civil, que impida el deterioro absoluto e injustificado del patrimonio familiar (CConst. Sentencia C- 466 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa).

Bajo este orden de ideas y, en conclusión, esta causal de suspensión debe darse bajo el reconocimiento objetivo y judicial de un comportamiento inconsciente por parte del padre por el gasto de su patrimonio. No obstante, como requisito primordial, esta manera incorrecta de malgastar los bienes debe relacionarse intrínsecamente con una afectación al patrimonio familiar, ya que de lo contrario cabría diferentes consecuencias jurídicas excepto la suspensión de la privación de la patria potestad, porque para que este proceda el directamente afectado debe ser el menor por el incumplimiento de los deberes parentales a raíz del estado de prodigalidad de su padre.

*La larga ausencia.* La Corte Suprema y la Corte Constitucional han establecido parámetros similares sobre la “larga ausencia” del padre, para aplicar la suspensión de la patria potestad. No obstante, la delimitación jurisprudencial de esta causal implica hacer referencia a la diferenciación que tiene con la causal de privación de la patria potestad sobre el abandono (numeral segundo del artículo 315 del Código Civil). Entonces, el objeto de estudio en este aparte del texto es responder al interrogante ¿cómo se configura la larga ausencia de un padre como causal de suspensión de la patria potestad? La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de mayo de 2006 (M.P. Pedro Octavio Munar) ha respondido:

Olvidó el juzgador ad quem que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destacó esta Corpora-

ción en sentencia del 22 de mayo de 1987, al decir que: en verdad el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra. En el caso presente dadas las particularidades que lo rodean se concluyeron en el aquel incumplimiento como causa de separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a los esposos le dio origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado -por su querer- al hijo.

No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material de la infante, sino de comprobar de manera irrefragable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres: por consiguiente, si como lo afirmaron unos testigos, en algunas oportunidades el accionante dejó a su hija bajo el cuidado de sus abuelos o que en ocasiones la recibía del colegio el celador, le incumbía al juzgador examinar si esos hechos verdaderamente implican un total abandono de los deberes filiales del demandado; inclusive, valga la pena destacado, tales circunstancias miradas con otra óptica, en verdad razonable podrían estimarse de una manera muy distinta a la que coligió el sentenciador, máxime si se articulan con otras pruebas (CSJ, Sentencia del 25 de mayo de 2006. M.P. Pedro Octavio Munar).

Desde 1987, ya era un hecho el interés de la Corte de Suprema de Justicia por fijar directrices claras sobre ciertas causales de privación y suspensión de la patria potestad. Igualmente, fijó como requisito transversal a todas las causales, tanto de privación como de suspensión, el hecho de que el incumplimiento de los deberes paternales debe ser total y producto de una de las causales contempladas en la normatividad relacionada. No por otras razones sobrevinientes producto, por ejemplo, las controversias conyugales.

La causal de larga ausencia y abandono se debe interpretar con base en concepto 119 del 26 de septiembre de 2017 del ICBF:

En lo que se refiere a las causales larga ausencia y el abandono al hijo, según lo indicado por la Corte podemos inferir que la primera se configura cuando el padre o la madre desaparece o se ausenta de su entorno habitual sin ninguna explicación, y el abandono en cambio debe entenderse como un abandono total sobre un hijo, que se evidencia en no cuidarlo, no protegerlo, no cumplir con sus obligaciones para su manutención y otras prácticas que establece el Código Civil.

La anterior cita condensa lo que ya se ha venido desarrollando en las diferentes instancias judiciales del país. Estas resuelven problemáticas familiares que, aunque no lleguen a la Corte Suprema de Justicia, sí fijan parámetros de la práctica en este ámbito. Ejemplo de lo anterior es lo decidido por el tribunal Superior de Cali:

No cabe duda que el demandado sí se ausentó, se repite, no solo de la vida de su hija sino también de toda su familia y de su entorno social, hasta tal punto que a pesar de calificar al demandado de irresponsable por su ausencia, catalogan esa ausencia como una desaparición, que además, resulta bastante extraña, pues no es normal que una persona tome un destino, cualquiera que él sea, sin informar a sus familiares más cercanos de la decisión tomada y del rumbo que se escoja, de allí que no parezca lógico que el demandado hubiera voluntariamente optado por no cumplir con sus obligaciones de padre, y ello parece haber sido entendido así por la demandante misma, al dar explicaciones a la madre del demandado de los motivos por los que no desea privar de la patria potestad al padre de su hija sino de solamente pedir la suspensión de la misma, como de manera específica lo expresó en su testimonio la abuela paterna de la niña, lo que explica el porqué de la especificidad del poder y de la pretensión principal de la demanda. Entendido así el asunto, se reitera, que se trata de una desaparición del demandado, se extraña, entonces, el elemento volitivo requerido para entender que hubo abandono voluntario del demandado del cumplimiento de las obligaciones para con su hija (Tribunal Superior del Distrito de Cali, Sentencia Radicado Expediente: 08 2006 01026 01 del 13 de mayo de 2009. M.P. Henry Cadena Franco).

Lo que el tribunal predica corrobora la aplicación de lo que la Corte Suprema ya forjaba desde finales de los 80 y reiteraba en el 2006. La aplicación de las causales de suspensión o privación de la patria potestad tiene que ser producto del directo incumplimiento de los deberes parentales. En este caso, una larga ausencia del padre que generaba inestabilidad en el menor obligó al juez a suspender el ejercicio de la patria potestad. Por un lado, con el fin de finiquitar la inestabilidad que se estaba generando, tanto emocional como patrimonialmente. Y por el otro, permitir que en un futuro este se pudiera restablecer en el momento en que la tendencia del padre por ausentarse por largas temporadas cesará.

Adicionalmente, el alto tribunal de Pereira en sentencia de 2010 concreta el significado de larga ausencia:

El Código Civil, en su artículo 310, no define lo que debe entenderse por larga ausencia para suspender al progenitor de la patria potestad, pero no puede equipararse al abandono que consagra el artículo 315 y que se sanciona con la pérdida del ejercicio de tal derecho. A juicio de la Sala, la larga ausencia, en una concepción simple, puede ser considerada como el alejamiento voluntario de uno de los padres respecto de sus hijos, y que conlleva un descuido en la administración de sus bienes o en la representación que requieren y que al menor esté causando perjuicio. El abandono de un hijo menor es situación más grave. Implica el mayor de los atentados contra la solidaridad, el olvido de la procreación, de la existencia de un ser que siendo menor es indefenso y requiere de amor, de cuidado y de protección. Es dejar a un lado la actitud de ser padre o madre para desprenderse sin justificación alguna del valioso regalo que nos da la naturaleza: la misión de ser padres. Diferente entonces de esta última es la del progenitor que se ausenta del domicilio, pero continúa en contacto con sus hijos, se comunica con ellos por algún medio, colabora con su crianza, sustentación y establecimiento. En situación así, podría hablarse de larga ausencia, que no es la que aquí se ha probado (Tribunal del Distrito Superior de Pereira, Sentencia Radicado Expediente: 66045-31-89-001-2009-00113-01 del 13 de octubre de 2010. M.P. Claudia María Arcila Ríos).

En resumen, la larga ausencia es un alejamiento voluntario o sin justificación por parte del padre para con sus hijos. Lo lleva a incumplir directamente con sus deberes parentales, configurando así el quebrantamiento del interés superior del menor. Sin los debidos cuidados de crianza y sustento, se ve afectado el desarrollo del hijo. Así que la suspensión de la patria potestad es lo procedente. Con la salvedad de que esa larga ausencia presenta una hipótesis de ser superada en el futuro y, por lo tanto, el padre que cese tal comportamiento puede recobrar la patria potestad.

Para finalizar, la Corte Constitucional ha pretendido modular la decisión de los jueces. Bajo la lógica de brindar un amplio margen discrecional a los mismos para que las decisiones de este tipo de litigios familiares se den. Por un lado, en función del principio superior del menor y de fomentar los lazos familiares y, por otro, a la luz de las circunstancias fácticas específicas de cada entorno familiar.

En cuanto a la prevalencia del interés superior del menor y de los lazos familiares las Corte Constitucional aclara que:

La posición de la Corte Suprema no desconoce el interés superior del menor. En efecto, uno de los factores que es necesario tener en cuenta para evaluar correctamente en qué consiste este interés, es la defensa conjunta de todos los derechos que asisten al menor uno de los cuales, como se verá en el fundamento siguiente de esta decisión, es el derecho a mantener contacto y lazos de afecto con sus padres y el derecho de estos al debido proceso. En este sentido, no sobra mencionar que para casos en los cuales no se ha producido el abandono pero sin embargo existe un incumplimiento de los deberes de uno de los padres, existen remedios menos drásticos que ordenar la pérdida de la patria potestad, como ordenar, de oficio, en el mismo proceso verbal, la suspensión de este derecho (art. 310 C.C.) o la custodia a favor del otro padre y, en casos como el presente, conceder consecuentemente el permiso de salida del país y fijar el régimen de visitas que el juez considere conveniente para la menor en atención a las condiciones de sus padres y a los derechos fundamentales de esta (CConst. Sentencia T 953 del 17 de noviembre de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Al referirse a que cada decisión se base en las circunstancias específicas de cada hogar, debe mencionar que la sentencia de la Corte Constitucional reza que:

Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes Constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección — deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos (CConst. Sentencia T 397 del 29 de abril de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

La causal de suspensión de la patria potestad, contenida en el artículo 310 del código civil sobre la larga ausencia del padre, se diferencia de la causal de privación de la misma por abandono (artículo 315) porque la primera es de manera relativa y la segunda es de manera absoluta. Pero teniendo como factores común es que se da en virtud del propio querer del padre y que como consecuencia directa se produce el incumplimiento total de los deberes parentales. En específico, la larga ausencia se debe concebir como una desaparición sin justificación o un alejamiento voluntario por parte del padre que afecta al menor, en cuanto a los deberes y derechos que el ordenamiento dispone en favor de él. Esto traería una consecuencia jurídica grave, la cual sería la suspensión de la patria potestad. Sin tener que incurrir en la más gravosa que sería la privación, la cual solo está reservada para el abandono mas no para la ausencia. La modulación de estas consecuencias se da porque se considera que la actuación por parte del padre puede cesar y, por lo tanto, este recuperar la patria potestad del hijo del que estuvo ausente. No obstante,

los jueces deben optar por la suspensión y la privación solo cuando el incumplimiento parental haya sido tan significativo que resulte incoherente permitirle al menor contactos y lazos de afecto con el padre ausente. Antes deben considerarse opciones menos gravosas, tales como un estricto régimen de visitas, permitir la salida forzosa del país, la pérdida de la custodia, etc. Sin embargo, la toma de estas decisiones deben ser medidas bajo el acervo probatorio dispuesto caso a caso. Siempre con la conciencia de las modulaciones Constitucionales que se han fijado para determinar el bienestar integral del menor. Estas decisiones son las que determinará el futuro desarrollo de ellos.

Sin embargo, la Corte señala que cada decisión deberá ser evaluada prevaleciendo los intereses del menor. La aplicación de la causal no será objetiva, sino que obedecerá a un criterio subjetivo de interpretación.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 25 de mayo de 2006 (MP: Pedro Octavio Munar Cadena), reitera que la patria potestad se encuentra circunscrita dentro de unas causales de suspensión o privación consagradas en los artículos 310 y 315 del Código Civil. Además, afirma que los deberes que tienen los padres con el menor no cesan ni quedan extintos en el momento en que se presente alguna de las causales señaladas. Por ejemplo, se mantienen vigente los deberes de proveer alimentos, crianza y educación.

***Causales de privación. El abandono.*** La Corte Suprema agrega que, a la hora de declarar el abandono como causal de pérdida de la patria potestad, será necesario que este sea absoluto y que no obedezca al querer del progenitor. La patria potestad está consagrada en beneficio de los menores. No sería posible sustraer su derecho a pertenecer a una familia sin un sustento de fondo ni evidente.

En la sentencia del 25 de mayo de 2006, la Corte Suprema de Justicia señaló que se requiere de un abandono absoluto y con la voluntad inicial de querer hacerlo, para incurrir en esta causal de privación de la patria de potestad. Le corresponde al juez una carga de evaluación para determinar si las causales de incumplimiento de los deberes parentales implican un verdadero abandono hacia el menor. Parece no ser relevante si alguno de los padres aporta más dinero que

el otro, sino que preocupa al juez el no aportar esos gastos que corresponden al cumplimiento de las obligaciones del padre.

Así se incurre en esta causal cuando el padre o madre abandona al menor de manera absoluta. Se da un efectivo incumplimiento de los deberes que a estos le corresponden, según sea señalado por el juez.

*El maltrato.* Según la sentencia C-997 de 2004, esta causal se funda en los principios Constitucionales donde se protege la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Se establece la igualdad de derechos entre las parejas y el respeto recíproco entre los que conforman el núcleo familiar. Además, ha puesto de presente la obligación que tienen los Estados, en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, de asegurar la protección y cuidado que resulten necesarios para amparar los derechos de los que es acreedor el infante. Lo anterior teniendo en cuenta los deberes y derechos de los padres y, cuando dé lugar, titulares o curadores de los menores.

Por otro lado, la misma sentencia señala que los derechos que se le atribuyen a los padres son derechos instrumentales. “Su ejercicio solo será legítimo en la medida en que sirva de logro del bienestar del menor”. El derecho que le compete a los padres, corregir y educar al menor, no los faculta a maltratarlo para lograr este fin, ya que estaría violando su derecho a la dignidad y a la integridad personal.

La Corte ha fundamentado esta causal en la necesidad de separar al menor del crimen, independientemente de la forma en que este se haya adquirido y de los móviles que llevaron al padre o a la madre a incurrir en una conducta punible. Esto teniendo en cuenta que los padres son el ejemplo de conducta de los niños. No significa una protección efectiva de sus derechos el permitir que este tipo de actuaciones atenten contra la integridad del menor.

En reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad, la intimidad y la honra de la familia, la Constitución Política “impone al legislador el deber de determinar las sanciones a que deben hacerse merecedores quienes mediante cualquier forma de violencia atenten contra la

armonía y unidad del grupo familiar” (CConst. Sentencia C- 997 del 12 de octubre de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

La Corte Constitucional continúa estudiando las causales de suspensión de la patria potestad. En la sentencia C-1003 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas), decidió sobre la constitucionalidad de una causal de emancipación judicial (art. 315 Código Civil). Se argumentó la constitucionalidad del maltrato del hijo como causal válida para este procedimiento. Mas se declaró inexecutable la ‘habitualidad’ y la necesidad de ‘poner en peligro la vida o causarle grave daño’, como requisitos para configurar la causal de emancipación judicial. Es decir, endurece la concepción de maltrato tomada hasta el momento.

*La depravación.* La Corte Constitucional no se ha pronunciado mucho sobre este aspecto. Sin embargo, doctrinalmente se ha dicho que esta causal comprende todas las relaciones sexuales que involucren al menor de edad y concurrencia de ejemplos corruptores para el menor. Se excluyen de las relaciones íntimas que mantengan los padres sin involucrar al menor y aquellas acciones realizadas con anterioridad al nacimiento del niño. La causal exige que se trate de una depravación que los incapacite de ejercer la patria de potestad. En ausencia del menor, no se puede hablar de patria de potestad. Por otro lado, se entenderá que el padre o la madre incurre en la causal en el momento en que se acredite ante el juez de Familia que se presentó una situación de depravación. Por esto, no se hace necesario que haya una sanción penal previa para acreditar la causal.

*La condena privativa de la libertad mayor a un año.* Tiene su fundamento en la obligación establecida en la Constitución Política de proteger a los menores de edad, garantizando el pleno desarrollo de sus derechos y su personalidad. La Corte considera que, cuando uno de los padres es privado de la libertad, rompe con la unidad familiar y así no hay una efectiva protección del menor en su derecho a una familia. Se configura un tipo de abandono por parte de los padres y se asigna un curador al menor. Sin embargo, esta privación no constituye una causal para que el padre que sea privado de la libertad deje de responder por los gastos del menor.

La privación de la patria de potestad no se da por la simple concurrencia de esta causal. Le corresponde al juez determinar si se siguen brindando las condiciones éticas, morales, familiares y de convivencia “para el pleno desarrollo del hijo menor que garantice plenamente las condiciones que éste requiere dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión” (Sentencia C- 997 de 2004. CConst. M.P. Jaime Córdoba Triviño). Una situación en la cual podrá determinar la no privación de la patria de potestad.

*La sanción de delitos para el menor en favorecimiento de sus padres.* Por favorecimiento se entiende facilitar la comisión de la conducta punible por parte de los padres. Esta causal se incorporó en el Código Civil mediante el artículo 92 de la ley 1453 de 2011. Aparentemente, la causal no ha presentado problemas interpretativos en los altos Tribunales. La privación de la patria potestad se aplica cuando un menor de edad cometa homicidio doloso, secuestro, extorsión y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. Solo si se determine que tales conductas fueron favorecidas por parte de uno de los padres o ambos. El fundamento de la sanción es el incumplimiento de los progenitores de los deberes parentales.

Lo anterior refleja la necesidad judicial de protección de los derechos del menor y la prelación de sus derechos como sujetos de especial protección constitucional. Este tipo de actividades afecta su desarrollo integral, dignidad y debida formación.

La privación de la patria potestad se configura como una medida de protección de carácter permanente para el menor, ante la imposibilidad que tienen los padres de garantizar sus derechos. Además, la privación de la patria potestad da lugar a la emancipación judicial si un juez decide que eso mejoría las condiciones de vida del menor.

La existencia de medidas como la suspensión y la privación de la patria potestad confirman el beneficio a los menores y la garantía de sus derechos. De acuerdo con estas sanciones, la autoridad parental está materializada en el derecho a educar, corregir y castigar a los hijos. Se diferencia de la concepción de la patria potestad propia del antiguo régimen y hace parte de una figura más moderna conocida como la potestad parental. Esto, teniendo en cuenta que la patria

potestad como grupo de derechos existe en aras de permitir el adecuado cumplimiento de los deberes parentales.

Bajo la nueva perspectiva constitucional del derecho, la potestad parental o patria potestad no constituyen un poder absoluto y discrecional de los padres sobre sus hijos, sino que corresponde a un vínculo jurídico mediante el cual se ejercen los derechos y se cumplen los deberes con respecto a los hijos, bajo la protección de sus garantías fundamentales (CSJ. Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2016. M.P. Ana Salazar Ramírez).

Esta sentencia pone en perspectiva el alcance de las medidas de sanción que devienen de la figura de la patria potestad. Se materializa, específicamente, en la causal de maltrato que era acompañada de la categoría de “habitual”. En la Sentencia C-1007 de 2007, la Corte Constitucional analizó si el maltrato que devenía en la pérdida de la patria potestad debía configurarse como habitual. En este fallo, reconociendo a los niños como sujetos de especial protección constitucional, la Corte declaró inexecutable la expresión “habitual” y “en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño”.

Decisiones judiciales de este tipo demuestran que el ejercicio de los derechos propios de la patria potestad, en ninguna circunstancia, puede implicar actos de maltrato, violencia —física o psicológica. Ni cualquier otro acto que atente contra la dignidad del menor o que impida el ejercicio de sus derechos. La contravención a los comportamientos adecuados por parte de los padres resulta en las mencionadas sanciones. Los jueces de familia tienen competencia exclusiva sobre la suspensión y pérdida de la patria potestad. La decisión debe ir orientada a salvaguardar la integridad y la dignidad del menor.

Mientras las consecuencias de la suspensión sean temporales y sean superadas las circunstancias que la motivaron, es posible recuperar la patria potestad por vía judicial. La privación sí tiene un carácter definitivo, pues esta decretará la emancipación del hijo judicialmente y deberá asignársele un guardador (Art. 312 — 315, C.C).

Ni la suspensión ni la terminación de la patria potestad liberan o exoneran a los padres de los deberes que tienen con sus hijos, manteniéndose vigente la obligación de proveer alimentos en favor de ellos y también los deberes de crianza, cuidado personal y educación (Art. 310 del CC). Las medidas sancionatorias de la patria potestad se configuran como una medida de protección para el menor de carácter permanente, ante la imposibilidad que tienen los padres de garantizar sus derechos.

De lo descrito, pueden emanar varias dificultades porque, en algunos casos, el poder de los padres se antepone al interés del menor de edad y se va fortaleciendo la autoridad parental. Cuando los padres no conviven con sus hijos o cuando estos están bajo el amparo de un tercero, la norma civil tal no tiene una aplicación efectiva en la solución de los conflictos que puedan presentarse. En razón a este corto alcance y a que su literalidad genera mucha confusión, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han tenido que intervenir para ampliar su contenido. Sin embargo, veremos si este desarrollo es suficiente o si aumenta la confusión.

**Contexto constitucional de la institución.** El artículo 44 Superior enlista los derechos fundamentales de los niños. De ahí nace el interés superior del menor, las protecciones amplias por parte de la sociedad y el Estado, así como la finalidad de asistir y proteger a los menores de edad. Esto para garantizar su desarrollo armónico, integral y el ejercicio pleno de sus derechos, lo cual conjuga con las disposiciones internacionales ratificadas por Colombia en materia de derechos humanos. La patria potestad no ha sido una institución sin ediciones a través de la evolución social, la inclusión de derechos y el cambio cultural por el que ha pasado Colombia.

La reglamentación y los pronunciamientos jurisprudenciales han sido una muestra de la realidad social y familiar permeada por la economía, la religión y la ideología política del país. Además del desarrollo histórico de la institución de la patria potestad a partir del contexto familiar de cada una de las épocas donde han surgido los cambios, se presenta el acompañamiento y el desarrollo civil y constitucional de la jurisprudencia.

***El concepto, contenido y titularidad de la patria potestad en la Jurisprudencia.*** El concepto de la patria potestad, al ser uno de los temas centrales de este trabajo, también será analiza-

do de acuerdo con la metodología planteada por López (2006). Los problemas jurídicos identificados fueron: ¿Es la patria potestad un derecho “uni-focal” a favor de los padres, con contenido exclusivamente patrimonial?, ¿Es la titularidad del derecho de la patria potestad exclusiva de los progenitores aún cuando no tienen la custodia del menor de edad?

La línea jurisprudencial presentada a continuación, más allá de adoptar la metodología descrita, reúne los fallos proferidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Esto contribuye a la comparación de posturas entre las Altas Cortes frente al concepto de patria potestad, su contenido y titularidad.

En este apartado, se identificó el punto arquimédico de apoyo, la implementación de la ingeniería de reversa y se elaboró el nicho citacional.

Se presentan los fallos más importantes y se muestran las sentencias fundadoras de línea, las hito y las consolidadoras de línea. En términos generales, se determinaron los hechos, problema jurídico, reglas y subreglas en cada uno de los casos estudiados. Se consignan las consideraciones de las Cortes y los Tribunales, junto con fallos proferidos.

Inicialmente, en un pronunciamiento analizado por la Corte Suprema de Justicia, el sentido de la patria potestad estaba centrado en los derechos de los padres hacia los hijos. Ahí se resaltaron rasgos de autoridad superior del padre sobre el menor. Posteriormente, se cambió la concepción de una sola vía que se tenía del derecho de los padres. La Corte Suprema analizó la patria potestad como una serie de derechos con poca, por no decir ninguna, equivalencia frente a los menores. Así los derechos que los hijos pueden exigirle a sus padres no se cobijan bajo la mencionada institución, sino por la autoridad paterna. Donde también está contenido el derecho-deber de corrección, crianza y educación. La Corte Suprema se ha evidenciado como fiel defensora de la independencia de la patria potestad, frente a otras instituciones que también contienen facultades o deberes para con los menores. En una descripción más específica y amplia de lo anterior, revisemos cómo se ha pronunciado la jurisprudencia en el tema que nos ocupa.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de octubre de 1984 (M.P. Hernando Tapias Rocha), establece las bases de la patria potestad. Considera la institución como “el con-

junto de derechos que las Leyes atribuyen a los padres sobre los hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que la Ley les impone”. La patria potestad está conformada por poderes conjuntos de los padres que les permiten cumplir los deberes de criar y educar a los hijos.

Estos derechos consisten principalmente en poder representar a los hijos menores en todos los actos jurídicos que a ellos convienen. También, con algunas limitaciones, al derecho de administrar y gozar del usufructo de los bienes que estos posean. Los derechos que surgen de la patria potestad únicamente serán legítimos si son una herramienta que permita el bienestar del menor. Lo anterior se hace evidente en sentencias como la del 18 de diciembre de 1984 y la del 25 de abril de 1985, en las cuales la Corte Suprema de Justicia realiza una clara diferenciación entre la figura de la autoridad parental y la de la patria potestad. La Corte indica en la sentencia de 1985 (M.P. Hernando Tapia Rocha): los deberes de crianza son diferentes a los derechos concedidos a los padres, que en parte son para el efectivo cumplimiento de los deberes mencionados. Si bien no hay patria potestad, la custodia y la guarda debe proseguir. Este mismo fallo, respondiendo el problema jurídico de si la custodia terminaba con la patria potestad, determina que la custodia de los hijos se complementa con la patria potestad. Sin embargo, jamás es lo mismo porque la terminación de esos derechos y facultades no configura la pérdida de la guarda o custodia de los hijos.

La institución señala que los derechos de los hijos deben salvaguardarse ante cualquier situación. Se debe procurar la mayor proximidad posible entre padre e hijo y la garantía del vínculo existente. Los cónyuges no deben valerse de su posición de privilegio cuando tienen la custodia, para desdibujar la imagen del otro frente al menor. Hay que reconocer la figura paterna o materna en el desarrollo integral de los hijos.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha abierto el camino para defender su tesis de una patria potestad íntegra, pese a lo establecido en el código civil. Aunque en las primeras sentencias no especifica que la patria potestad cambie drásticamente, sí evalúa como derecho fundamental el hecho de conservar las relaciones filiales entre padres e hijos. No obstante, es válido

aclarar que no solamente es un derecho de los padres el deseo de conservar esta relación, sino que es una facultad mutua.

La patria potestad es una serie de derechos, pero con la finalidad del cumplimiento de los deberes hacia el hijo. Los padres tienen derechos sobre los hijos porque van atados a unos deberes para con el menor y la sociedad. El siguiente cambio relevante fue un vuelco total a la concepción de la patria potestad, pues se reinterpretó como un deber de los padres y se tradujo principalmente a un derecho de los menores. En otras palabras, la patria potestad se centra más en el bienestar de los hijos no emancipados que en las facultades parentales.

Como punto de partida, esta noción no puede ser interpretada indiferentemente, sino que tiene un corte garantista de los derechos de los menores. Este incluye las finalidades, características y limitaciones de alcance que han sido desarrollados jurisprudencialmente. Se resalta de esta apreciación el interés superior de los menores, la supremacía de los derechos de los niños, el bienestar del menor, entre otros enfoques (todos ellos nacientes de la Carta Magna).

La Corte Constitucional no da un giro trascendental en el entendimiento de la patria potestad. Mas en la Sentencia T-531 de 1992 sí agrega a la discusión jurídica un término que tendría mayor trascendencia: “bienestar emocional” del menor. La patria potestad aborda ese derecho patrimonial de usufructo, administración y representación —como lo reconoce expresamente la Corte. También abre el debate sobre la relatividad de dicho derecho, aunque de manera muy tangencial e incluso valiéndose del mismo Código Civil:

La patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). El ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados. En consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En este proveído, se reitera brevemente la evolución histórica del concepto de patria potestad, demostrando el avance progresista y garantista de la Corte. Se dicta ratio frente al concepto, función, fines, límites y consecuencias. Sin embargo, se considera que la Corte confunde los dos conceptos.

Se establece que, en casos de incumplimiento de los deberes atribuidos por Ley por parte de los titulares de la patria potestad, se configurará una situación de abandono del menor. Esto cuando se hace alusión a la pretensión iuris tantum del Código del Menor (derogado por la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia) en favor del hijo. “Cuando el menor no convive con las personas llamadas por Ley a tener su cuidado personal se presume el incumplimiento de las obligaciones o deberes paternos, configurándose una situación de abandono”.

Las consideraciones y argumentos para los cambios descritos, permitieron que se afirmara que los derechos de los padres son asegurados por la patria potestad. Pues, se protege con su cumplimiento el bienestar emocional y material de los hijos menores.

La Sentencia T-477 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) afirma que es legítimo el poder del progenitor para decidir y representar al menor en la toma de decisiones. La patria potestad tiene alcance para decidir el tratamiento médico de su hijo, pero no implica un poder absoluto pues “el niño no es propiedad de sus padres”.

Al año siguiente, en la Sentencia T-474 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz), se reafirma la posición adoptada por el alto tribunal constitucional en la Sentencia de 1995. Se refiere nuevamente a la relación jurídica de autoridad, pero limitada tanto a lograr el bienestar del menor como a la no violación de sus derechos fundamentales.

Los poderes conjuntos de los padres permiten los deberes de crianza y educación, pero no pueden tomarse decisiones que transgredan los derechos fundamentales del hijo no emancipado, como la integridad personal y la dignidad; tampoco pueden esas decisiones ser contrarias o negatorias de la autonomía parcial de los menores a menos que esté en peligro su propia vida, que es el caso de algunos tratamientos médicos que el menor de edad quiera decidir. Se habla de autonomía parcial en razón a que se considera que no han adquirido el suficiente criterio para decidir

autónomamente sobre su plan de vida e intereses. En esta línea será legítimo que algunas decisiones de los padres sean contrarias a la voluntad de los hijos. Sin embargo, debe tenerse en mente que el niño o la niña no son propiedad de sus padres, sino que son una libertad y autonomía en desarrollo con protección constitucional (Sentencia T-474 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz).

La Corte enfatiza, en la sentencia T-041 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), que la Patria Potestad es una institución de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal. Los padres son los principales responsables de esta obligación constitucional. La familia, en sus diferentes acepciones, es la llamada a cumplir con el deber constitucional establecido. En caso que faltare alguno de los progenitores, será el otro quien debe continuar con el ejercicio de la patria potestad. Un tercero distinto a los titulares de la patria potestad tendrá la guarda u otro derecho inherente a esta. Solo por decisión judicial, por presentarse una causal específica de la ley. En los casos en que el menor no se encuentre bajo el amparo de sus progenitores, la familia extendida merece igual protección y reconocimiento. Incluso si estos no son titulares de la patria potestad del menor de edad.

La Corte también antepone el bienestar del menor sobre el de los padres. En la sentencia C-1050 de 2004, consideró que, si uno de los padres ofrece o representa un peligro para la integridad del menor, debe ser suspendido o privado de la patria potestad.

Además, la Corte realizó un recuento sobre la importancia del interés superior del menor y la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de atender a las situaciones fácticas implicadas en cada caso para satisfacer el bienestar del menor. Dentro de la sub regla de este proveído, se encuentran los conceptos de familia, patria potestad y bienestar del menor. Es por esta unión que, dentro de las consideraciones, se explique la desproporcionalidad de la relación de estas nociones. El juzgador puede tomar la decisión de emancipar al menor con amparo de la ley, al contemplar la posibilidad de peligro del menor por las actitudes de quien tiene la patria potestad.

Todo lo anterior es óbice para la decisión que el interés superior del menor determina más la patria potestad que el concepto de familia.

Esto nos ayuda a entender perspectivas jurisprudenciales tan novedosas y sociológicamente legítimas como la separación definitiva de la patria potestad frente al matrimonio. La patria potestad incluyendo derechos bifocales a favor de los hijos y padres. La igualdad entre cónyuges frente a las responsabilidades para con los hijos, o la adopción, matrimonio y uniones maritales de hecho entre parejas heterosexuales u homosexuales. Entre otras decisiones hito que amplían el alcance de la institución de la patria potestad.

La Corte Constitucional continuó reafirmando la prevalencia de los derechos del menor y la no relación del vínculo de pareja con la filiación para el cumplimiento de los derechos. En la sentencia C-1003 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas), consigna que la relación entre padre e hijo es la que determina la patria potestad, no la relación entre los padres. Los derechos de los padres deben relacionarse directamente con sus deberes.

La patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la Ley independientemente a la existencia de dicho vínculo. El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores corresponde a los padres, conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro. En efecto, la patria potestad solo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos (CConst. Sentencia 1003 del 22 de noviembre de 2007. M.P. Clara Inés Vargas).

Esta sentencia es una de las más icónicas de toda la línea jurisprudencial que se está presentando, pues reúne varios aspectos de la patria potestad. La Corte reitera las características de la patria potestad establecidas en la sentencia T-041 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Estas son exclusivas para el deber de protección de hijos no emancipados. La patria potestad es obligatoria, irrenunciable, personal e intransmisible para los padres, a menos que se les prive o suspenda judicialmente. Así sucede por no ser un ejercicio atribuido, modificado o regulado por voluntad, sino una labor gratuita ejercida por los padres.

La Corte también hace alusión al marco internacional de los derechos del menor. Por ejemplo, la declaración de los derechos del niño de 1959, la convención sobre los derechos del niño de 1989, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la declaración universal de los derechos humanos y la convención americana sobre derechos humanos. Esta ratio amplía el artículo 42 inciso 1º Constitucional, al reiterar que para configurar la patria potestad no es necesario un matrimonio (y mucho menos religioso). Así amplía aún más la titularidad de este derecho e insiste en la igualdad entre hijos.

A través de la sentencia T-887 de 2009 de la Corte Constitucional (M.P. Mauricio González Cuervo), la entidad jurídica confirma la línea trazada anteriormente en esta materia en la sentencia T-041 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y resuelve un caso concreto.

Los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar -abuelos, parientes, padres de crianza- son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige (Sentencia T-887 de 2009. CConst. M.P. Mauricio González Cuervo).

La entidad judicial extiende el ámbito de las obligaciones de protección a los menores de edad, en cabeza de parientes distintos de los padres biológicos. También abre la posibilidad de afirmar derechos paterno-filiales a estas otras personas, en términos de su vínculo extensivo con los niños, niñas o adolescentes. Se habla de obligaciones y no de derechos para esos terceros.

En la sentencia C-145 de 2010 de la Corte Constitucional (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte decidió sobre la constitucionalidad del inciso 1º del artículo 62 del Código Civil que define la representación de personas incapaces en negocios. La entidad judicial complementa las características de la patria potestad, indicando que es una institución temporal. Pues, el menor está sujeto a esta únicamente hasta cumplir la mayoría de edad. Es una institución precaria porque quienes la ejercen pueden ser privados de ella al no garantizar la protección,

bienestar y formación integral del protegido. Dictamina además que, en virtud de la patria potestad, entre los deberes complementarios de los padres para con los hijos, se encuentran:

El derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste [...] Desde este punto de vista la patria potestad se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres (CConst. Sentencia C-145 del 3 de marzo de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

La Corte describe a la potestad parental y la patria potestad sin distinción alguna. No tiene en cuenta que la potestad parental se refiere a la “autoridad” de los padres sobre los hijos. Mientras que la patria potestad es una institución de orden público. Es un deber de los padres en interés del menor, sin que pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada. Sino en los casos que la propia ley lo permita. Se entiende como un mecanismo que la ley otorga a los padres para facilitarles el cumplimiento de los deberes que tienen, como objetivo principal, garantizar la protección, el bienestar y la formación integral de los hijos.

Más adelante, en un marco garantista y de legalidad, la entidad judicial procede a estudiar la constitucionalidad del artículo 149 del Código Civil en la sentencia C-727 de 2015 (M.P. Myriam Ávila Roldán). La ratio de esta sentencia argumenta que, la independencia jurídica entre las instituciones derivadas de la patria potestad, es garantía para asegurar el desarrollo armónico e integral de los niños. No pueden estar supeditadas al vínculo civil de los padres o a su disolución, reiterando la igualdad entre ellos.

Los efectos de dichas obligaciones respecto de los hijos tampoco cesan con la nulidad del matrimonio. De igual forma, la Corte decide que los padres deben contribuir al sostenimiento económico de cada uno de los hijos. Se reitera la independencia entre el vínculo de pareja y las obligaciones como padres.

La Corte determina, en sentencia modulada frente a la disposición en disputa, la diferencia entre ser cónyuge y ser padre. La patria potestad está enfocada en favor de los hijos y no de los padres. Los niños tienen derecho a tener una familia y no ser separados de ella. Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás. Así se abre el espectro de la responsabilidad parental.

***Las causales de privación y suspensión de la patria potestad en la jurisprudencia: en la búsqueda de la prevalencia de los derechos de los menores de edad.*** El objetivo de estas medidas es poner fin al ejercicio de los derechos que ejercen los padres sobre los hijos, garantizando la prevalencia de los derechos constitucionales de los menores.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 25 de mayo de 2006 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena), reiteró que la patria potestad se encuentra circunscrita dentro de unas causales de suspensión o privación consagradas en los artículos 310 y 315 del Código Civil. Afirmó que los deberes de los padres no cesan ni quedan extintos en el momento en que se presente alguna de las causales señaladas. Por ejemplo, se mantienen vigentes los deberes de proveer alimentos, crianza y educación.

La Corte Suprema agrega que, a la hora de declarar el abandono como causal de pérdida de la patria potestad, será necesario que este sea absoluto y que no obedezca al querer del progenitor. Lo anterior, al tener en cuenta que la patria potestad está consagrada en beneficio de los menores, por lo que no sería posible sustraer su derecho a pertenecer a una familia sin un sustento de fondo evidente.

La Corte Constitucional, en sentencia C-997 del 12 de octubre de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), señaló que la terminación de la patria potestad, sin importar la causal, tiene como consecuencia la separación jurídica de los hijos frente a sus padres. Esto por la relación que existe con los derechos que los padres ejercen sobre los hijos. Dado que los padres son orientadores y guías en la formación del hijo, sería contradictorio que los padres al margen de la ley sean titulares de la patria potestad. En este caso, la terminación de la patria potestad responde a la prevalencia de los derechos del menor por sobre el derecho a visitas del padre. Estas no aportarán elementos positivos a la crianza del menor, debido al mal ejemplo.

Paralelamente, la Corte se refiere al artículo 310 del Código Civil para reiterar el objeto del bienestar del no emancipado. La potestad parental (o patria potestad) garantiza el cumplimiento de los deberes de los padres a través del ejercicio de derechos sobre la persona y los bienes de sus hijos. Un ejemplo de los personales es el permiso de salida del país o la representación de los menores de edad. Entre los patrimoniales, se encuentra el usufructo legal y la administración del patrimonio. No obstante, cada decisión deberá ser evaluada a la luz de los intereses del menor. La aplicación de la causal no será objetiva, sino que obedecerá a un criterio subjetivo de interpretación.

La privación de dichos derechos debe ser analizada caso por caso, de manera armónica y guardando coherencia con los derechos que se le buscan proteger al menor. Deben garantizar el debido proceso para todas las partes e integrantes del litigio. Es el juez quien determina que “si resulta benéfico o no para el hijo que se prive de la patria potestad y del ejercicio de la guarda, al padre o madre declarado tal en juicio contradictorio”.

Esta sentencia es hito para el desarrollo del tema, ya que sienta los motivos constitucionales y jurisprudenciales para la delimitación del alcance de este derecho.

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia C-1003 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas) declaró la inexistencia de la palabra ‘habitualidad’. Consideró que el derecho de corrección lo tienen los padres sobre sus hijos, pero este no tiene carácter absoluto.

Pues encuentra como límite los derechos fundamentales del menor y debe siempre atender el interés superior del niño. Es así como el derecho de corrección no puede conllevar la posibilidad de imponerles sanciones que impliquen actos de maltrato, de violencia física o moral, o que lesionen su dignidad humana, o que se puedan confundir con éstos, por ser contrarios a la Constitución (Sentencia C-1003 de 2007, MP. Clara Inés Vargas).

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia T-884 de 2011 reitera sus decisiones anteriores referentes al alcance, características y elementos esenciales de la institución de la patria potestad. Por ejemplo, su fin es “permitir el cumplimiento de las obligaciones de

formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres”. Esta únicamente se concede a los padres por los numerosos deberes que están llamados a asumir frente a los hijos. Con ello da respuesta a los dos interrogantes planteados en la demanda: uno, ¿es posible privar a un padre de la patria potestad cuando se encuentra privado de la libertad sin condena alguna?; y dos, ¿es posible que una entidad administrativa le otorgue a una persona distinta a los padres la custodia de un menor cuando el padre se encuentre privado de la libertad sin condena alguna?

Además, la entidad jurídica sienta jurisprudencia sobre los aspectos a tener en cuenta al momento de tomar la decisión de separar al menor de su familia biológica. Estos serán determinantes para concluir que los padres o parientes no son aptos para cumplir con las necesidades del niño. Por ejemplo, antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico; situaciones que evidencien claros riesgos para la vida e integridad del hijo y todas las circunstancias que comprende el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia para proteger al menor.

Asimismo, la Sentencia T-818 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo), reafirmó la necesidad de privilegiar los intereses de los niños. Determinó ciertas reglas o mínimos necesarios para la protección de la patria potestad en procesos de pérdida de la misma. Según la sentencia, la patria potestad no admite modulaciones que devengan de la voluntad de los padres, excepto por causa de muerte o por orden judicial, cuando no son aptos para responder por los hijos. Existe la necesidad de privilegiar los intereses de los niños y para ello, determina ciertas reglas o mínimos necesarios para la protección de la patria potestad en procesos de pérdida de la misma.

En los procesos de pérdida de la patria potestad es de fundamental importancia que todas las partes actúen de manera diligente dado que se encuentran en juego *no solo los derechos de los padres sino principalmente el interés superior de los niños* [énfasis añadido]. En este sentido, (1) el juez debe ser muy cuidadoso y si es preciso, debe actuar oficiosamente con el fin de asegurar los derechos y garantías de todas las partes involucradas; (2) si es preciso nombrar un curador ad litem, también se espera diligencia de su parte, ya que su presencia en el proceso no es un mero requisito formal especialmente en procesos relativos a la pér-

didada de la patria potestad; (3) los demandantes deben cumplir con los principios de lealtad procesal y asumir las cargas que les corresponden de manera responsable (Sentencia T-818 de 2013. CConst. M.P. Mauricio González Cuervo).

Aunque el ejercicio jurisprudencial del concepto de familia contemporánea ha sido más extenso, las Altas Cortes se han encargado de aclarar, actualizar y movilizar el concepto estático de la legislación civil. El análisis jurisprudencial anterior muestra que la Corte Constitucional y la Corte Suprema manejan diferentes concepciones de la institución analizada.

A continuación, se encuentra la figura que representa el movimiento de la línea jurisprudencial desarrollada sobre la patria potestad. A manera de ejemplo, se adjuntan algunas de las fichas elaboradas en el estudio jurisprudencial de la patria potestad y de la familia contemporánea.

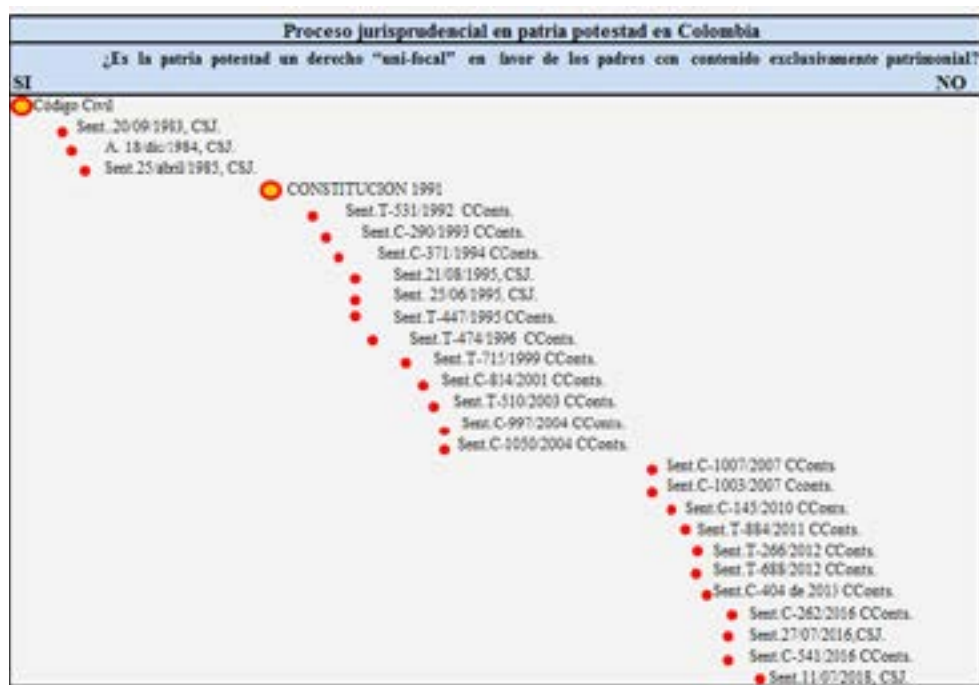


Figura 3. Proceso jurisprudencial colombiano en patria potestad.

***La patria potestad en el Código de la Infancia y la Adolescencia de 2006.*** Aunque el Código Civil colombiano regula la figura de la patria potestad, el Código de la Infancia y la Adolescencia de 2006 consolidó una serie de principios y medidas que afectarían la interpretación de esta figura. Estos reflejan los principios constitucionales planteados en 1991 y se incorporan

disposiciones como el interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos. Así se termina de consolidar un nuevo entendimiento de los niños y adolescentes en Colombia como sujetos de especial protección constitucional.

Resulta fundamental establecer cuáles son las regulaciones que este código implementa en lo referente a los principios, derechos y libertades de los niños y adolescentes en Colombia. Este código consagra 15 principios entre los que se encuentran: la protección integral, el interés superior, la corresponsabilidad y la responsabilidad parental, entre otros. También establece 18 derechos, tales como el derecho a la integridad personal, a la familia, a los alimentos y al cuidado y custodia personal. Por último, se destaca el libre desarrollo de la personalidad entre las cinco libertades establecidas. Además de la solidificación de nuevos principios que actúan como criterios de interpretación general a las relaciones familiares, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece un nuevo ordenamiento de los derechos propios de la patria potestad. Por ejemplo, la crianza y el cuidado que se conciben en el Código Civil como deberes de los padres para con sus hijos. Esos son reconceptualizados como derechos de los menores de edad en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Esta reconceptualización aparenta coherencia en un sistema jurídico que opera a partir de la correspondencia entre derechos y deberes. Mas se genera una serie de tensiones con los principios hermenéuticos que establece la norma. El desarrollo jurisprudencial ha mostrado una evolución en el concepto de patria potestad, que supera a la redacción del código civil, pero que se confunde con lo expresado en el código de los niños y adolescentes. El legislador del Código de la Infancia y Adolescencia, demostrando el espíritu garantista de la norma, incluye en el artículo 36, parágrafo 1º, la prórroga de la patria potestad, en los siguientes términos:

Artículo 36. Parágrafo 1o. En el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos, deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquel la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la Ley.

Tabla 3  
*Principios, derechos y libertades de los niños y adolescentes*

Principios	Derechos	Libertades
Presunción de la minoría de edad (Art. 3 CIyA)	Derecho a la vida, calidad de vida y ambiente sano (Art. 17 CIyA)	Libertades fundamentales (Art. 37 CIyA)
CIyA como normas de orden público (Art. 5 CIyA)	Derecho a la integridad personal (Art. 18 CIyA)	
Integración bloque de constitucionalidad (Art. 6 CIyA)	Derecho a la rehabilitación y resocialización (Art. 19 CIyA)	
Protección integral (Art. 7 CIyA)	Derecho a la protección (Art. 20 CIyA)	
Interés superior de los niños (Art. 8 CIyA)	Derechos a la libertad y seguridad personal (Art. 21 CIyA)	
Prevalencia de los derechos del menor (Art. 9 CIyA)	Derecho a la familia (Art. 22 CIyA)	
Corresponsabilidad (Art. 10 CIyA)	Custodia y cuidado personal (Art. 23 CIyA)	
Exigibilidad de derechos (Art. 11 CIyA)	Derecho a los alimentos (Art. 24 CIyA)	
Perspectiva de género (Art. 12 CIyA)	Derecho a la identidad (Art. 25 CIyA)	
Perspectiva étnica (Art. 13 CIyA)	Derecho al debido proceso (Art. 26 CIyA)	
<i>Responsabilidad parental (Art. 14 CIyA)</i>	Derecho a la salud (Art. 27 CIyA)	
Ejercicio derechos y responsabilidades (Art. 15 CIyA)	Derecho a la educación (Art. 28 CIyA)	
Deber de vigilancia del Estado (Art. 16 CIyA)	Derecho al desarrollo integral primera infancia y educación (Art. 29-30 CIyA)	
	Derecho a la participación y la asociación (Art. 31-32 CIyA)	
	Derecho a la intimidad (Art. 33 CIyA)	
	Derecho a la información (Art. 34 CIyA)	
	Derecho de los niños, las niñas y adolescentes con discapacidad (Art. 36 CIyA)	

De esta forma, eleva a rango legal las interpretaciones realizadas por las Altas Cortes (en especial la Corte Constitucional) en materia de la prórroga de la patria potestad. Esto complementa de manera tácita, pero vinculante, el Título XIV del Código Civil. El espíritu de este párrafo en particular amplía la protección del menor incapaz absoluto. No solo basta la interdicción como medida garantista, sino que esta tiene una funcionalidad complementaria y adaptada a las necesidades de las personas con discapacidad. Una población merecedora de especial protección.

Adicionalmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia enuncia una figura que será fundamental para el papel de la patria potestad en las relaciones familiares: la responsabilidad parental. Es necesario considerar que la patria potestad está relacionada íntimamente con el concepto de responsabilidad parental. Una refiere a la otra como complemento y, en ocasiones, sus contenidos se confunden en razón de su ejercicio y titularidad. Entonces, el ejercicio y el cumplimiento de los derechos en las dos instituciones nos permite entender el artículo 288 del Código Civil y las obligaciones morales. Así como las patrimoniales del artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En otras legislaciones pioneras en la aplicación del tema, se han materializado cambios radicales con base en nuevos planteamientos y nuevas posturas. Tal es el caso de Argentina que analizó y desarrolló la responsabilidad parental, paralelamente y no transversalmente, con el concepto de patria potestad. Los dos progenitores tienen idénticos derechos y deberes frente al hijo no emancipado en caso de una separación. Es decir, se prioriza el interés superior del menor. Argentina no modificó el Código Civil de 1989, sino que lo reemplazó en su totalidad por uno nuevo que entró a regir el 1 de agosto de 2015. En este, se deja de emplear el término ‘patria potestad’ y se reemplaza por el de ‘responsabilidad parental’, según el estatus jurídico del niño y adolescente como sujeto de derecho.

Por otra parte, en Chile se han materializado los cambios en el ordenamiento civil en beneficio de la familia contemporánea con mayor celeridad que en Colombia. El tema de la patria potestad se concretó a través de la Ley 20.680 de 2013, denominada la “ley amor de papá”. Por medio de ella, se modificaron artículos del Código Civil chileno y de otros cuerpos legales con el

propósito de proteger la integridad del hijo menor no emancipado en el caso de que sus padres se separaran. La norma define a la patria potestad como el deber de los padres de velar por el cuidado personal de los hijos, su crianza, educación y establecimiento. También el cuidado de los bienes de los hijos y el usufructo de los mismos, o sea lo que para Colombia es responsabilidad parental.

También esta ley establece el concepto de la patria potestad compartida, para que los padres que viven juntos o separados tengan el cuidado y las responsabilidades de manera conjunta. En el caso de la protección de derechos de terceros, los progenitores tienen la facultad de actuar indistintamente en actos de mera conservación y deben hacerlo conjuntamente en el resto de los hechos. Con estas medidas, se elimina la exclusividad del padre de la patria potestad, adecuando las normas a las nuevas realidades de las familias chilenas.

En Colombia, surgen diversas tensiones porque los principios fundamentales son contrariados por la patria potestad. Emerge, entonces, una nueva figura que complementa y nutre la reglamentación de deberes y derechos en las relaciones familiares.

### **La responsabilidad parental y algunos paradigmas latinoamericanos**

La responsabilidad parental en Colombia se presenta en el ordenamiento civil como complemento de la patria potestad. Surge en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el reconocimiento legislativo de la protección que el Estado debe a los menores de edad. Esto en paralelo con las sanciones a los padres por el incumplimiento —dentro del marco moral— de sus obligaciones.

El mayor desarrollo, a pesar de estar presente en la ley, se evidencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en la de la Corte Constitucional. No obstante, son pocas las sentencias que abordan el tema. Como su núcleo parte de la patria potestad, el entero entendimiento también hace parte del gran desarrollo jurisprudencial, doctrinal y legislativo de la patria potestad. Por el momento, no es dable elaborar una línea jurisprudencial compacta y completa de la responsabilidad parental por la confusión que existe con la patria potestad. Sobre todo por el uso indiscriminado de ambos términos por parte de los jueces y las altas cortes.

En la actualidad, algunos países de América Latina como Argentina han sustituido del término patria potestad por el de responsabilidad parental. Los legisladores han modificado el

sistema vertical existente y en su lugar han adoptado un sistema horizontal. No obstante, países como Chile han optado seguir con el concepto unificado de patria potestad. En Colombia, se ha decidido reconocer los dos conceptos, pero diferenciándolos en su teoría y práctica.

Como figura auxiliar a la patria potestad, la responsabilidad parental está consagrada en el Código de la Infancia y Adolescencia en el artículo 14, en los siguientes términos.

[La responsabilidad parental es] un *complemento* [énfasis añadido] de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la *obligación* [énfasis añadido] inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

El Legislador demuestra varios de los avances jurisprudenciales mencionados con anterioridad, al compilar las disposiciones protectoras de los derechos de los niños. Lo más importante de esta disposición es que el nuevo concepto es complementario al artículo 288 del Código Civil. Esto enriqueciendo su contenido proteccionista y ensanchando las obligaciones de los padres para con los hijos, lo cual se encuentra claramente alineado con la finalidad de la patria potestad bajo el entendimiento contemporáneo.

La patria potestad se enfoca más en las facultades de administración, usufructo y representación que gozan los padres y que pueden ser consideradas plenamente derechos. Mientras que la responsabilidad parental se enfila más hacia las responsabilidades de cuidado y crianza durante la formación del menor. Dentro de límites racionales y proporcionales que garanticen la satisfacción de los derechos de los niños.

El primer conjunto de derechos puede extinguirse anticipadamente —por orden judicial— o con la emancipación del menor, mientras que la responsabilidad prevalece y no se extin-

gue explícitamente. Puede inferirse que esta es más duradera y necesaria. Como el mismo artículo indica, estas instituciones son complementarias y han sido desarrolladas jurisprudencialmente. El derecho demuestra ser una herramienta y no un fin para proteger los derechos de los menores de maneras tan amplias como se pudieran pensar.

Es necesario referir nuevamente a la Sentencia C-262 de 2016 de la Corte Constitucional, pues se refiriere a la patria potestad y analiza brevemente la responsabilidad parental. Enfatiza en el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, con el fin de mencionar los derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados. Está íntimamente ligada a la patria potestad y, si los padres no cumplen sus obligaciones o no cumplen adecuadamente las atribuciones legales, pueden perder la patria potestad.

La privación y suspensión de los derechos de los padres frente a sus hijos, afecta el goce de los derechos de la patria potestad y los derechos internos de la responsabilidad parental. Sin embargo, esta responsabilidad no se extingue con la terminación de la patria potestad. Frente a responsabilidad parental, en la sentencia T-041 de 1996 (MP: Carlos Gaviria Díaz), la Corte va más allá de hacer alusión al Código de la Infancia y Adolescencia. Realiza un breve análisis de las obligaciones morales de los padres con los hijos, su finalidad, limitaciones, medidas de acción, procedimiento judicial y otros detalles de su alcance.

En síntesis, la corporación aclara que la definición de esta institución es la dispuesta en el Código de la Infancia y Adolescencia. La responsabilidad parental se analiza ahora no solo como complemento de la patria potestad, sino como una evolución de la misma. Esta institución aglutina la representación, administración y usufructos del menor y sus bienes. También otorga un alcance a las obligaciones morales de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza durante el proceso de formación.

Primero, están las obligaciones personales que constituyen derechos fundamentales para los niños y adolescentes. Segundo, los elementos que de ello se derivan (el usufructo, administración de bienes y la representación judicial y extrajudicial). Entonces, ¿por qué insistir en

mantener en pie la institución de la patria potestad en el ordenamiento civil si, en la práctica, la responsabilidad parental es anterior?

A pesar de su conceptualización como una figura auxiliar a la patria potestad, la responsabilidad parental replica el contenido en materia de obligaciones que el progenitor ostenta. Sin embargo, carece de características como la exclusividad, lo que la distingue de la institución jurídica contenida en el Código Civil. Esto genera una serie de confusiones, pues la Corte Suprema de Justicia no ha sido clara al momento de esclarecer las diferencias entre las dos figuras. Muestra de esto es la sentencia del 30 de noviembre de 2011, en la cual la Corte Suprema de Justicia entiende que entre los deberes de los progenitores es posible encontrar:

Procurarles la salvaguarda de la vida, integridad física y salud (arts. 42 y 44 de la Carta Política), esto es, de su protección integral en términos que el Código de la Infancia y la Adolescencia enuncia como “la responsabilidad parental” (art. 14 de la Ley 1098 de 2006); máxime cuando está claro entre las fuentes que dan lugar a reconocer la posición de garante, es decir, la que ejerce la persona que tiene a su cargo la protección concreta del bien jurídico, precisamente la referida a estos estrechos vínculos naturales derivados de las relaciones entre padres e hijos menores sobre quienes se debe ejercer una tutela permanente de su vida y demás bienes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de noviembre de 2011, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

A pesar de la confusión conceptual que la rodea, la responsabilidad parental ha sido una institución jurídica que ha permitido modular los efectos de una hermenéutica que entendía la patria potestad como un poder absoluto. Los efectos moduladores de esta institución no surgen con su inscripción en la ley. Por el contrario, es posible evidenciar esfuerzos jurisprudenciales de las Altas Cortes por modular los efectos de la patria potestad y por hacerla concordar con los nuevos principios constitucionales.

Más que verlo como un pronunciamiento relativo a la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-371 de 1994 hace un primer llamado de atención al uso de la violencia. El

uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye un grave atentado contra su persona. El castigo debe ser justo, proporcional y oportuno. La sentencia es mencionada en este apartado porque refiere lo siguiente acerca de la responsabilidad de los padres:

No debe olvidarse que la función educativa de los padres, así como su derecho y su deber de corregirlos y sancionarlos cuando sea menester para los fines de su formación, son conaturales a la existencia y al quehacer de la familia. No se requiere una expresa disposición legal para reconocer que ello es así, de modo que, aun si no existieran disposiciones como la demandada, no vacila la Corte en afirmar que los progenitores tendrían a su cargo la crianza de sus hijos, su educación, su formación física y moral y, claro está, la facultad de castigarlos razonablemente a fin de alcanzar los propósitos referidos (Sentencia C-371 de 1994).

Tampoco debe olvidarse la sentencia C-1003 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas), que se limita a establecer que la responsabilidad parental es un complemento para la patria potestad. Una réplica del contenido del Código de Infancia y Adolescencia. Además, en congruencia con el artículo 44 de la Carta Política, la sentencia profundiza sobre el tema de la violencia. Los derechos de los niños son fundamentales y prevalece el interés superior del menor, así que el castigo no puede ser violento ni físico. El derecho de corrección que tienen los padres respecto al hijo menor no tiene un carácter absoluto, pues encuentra como límite los derechos fundamentales del menor de edad. El derecho de corrección cambia y ya no conlleva la posibilidad de imponer sanciones que impliquen actos de maltrato, violencia física o moral, o lesionen la dignidad humana.

Acordemente, la Corte Constitucional en la Sentencia T-688 de 2012 continúa realizando el análisis entre el bienestar y el desarrollo de los niños. Mas informa que dichas responsabilidades en el núcleo familiar pueden cumplirse de formas diferentes. Cada situación debe ser examinada dependiendo de las circunstancias particulares. Siempre deben tener “la finalidad de proporcionarle a los menores un adecuado desarrollo físico, psicológico, una vivienda digna, educación, vestuario, recreación, salud y (...) un clima favorable que les garantice un desarrollo integral”. Por lo tanto, este compromiso no se agota únicamente con la obtención de recursos económicos

indispensables para garantizar los elementos materiales. Sino también con todo aquello que este relacionado con la formación personal de los hijos, según la sentencia T-116 de 1995 (CConst. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

La Sentencia C-262 de 2016 reitera la posición jurisprudencial mencionada y reconoce el efecto modulador que ha tenido la responsabilidad parental frente a la patria potestad. Entonces, los padres tienen una responsabilidad parental en ejercicio de la patria potestad de sus hijos. Esta facultad de tomar decisiones por los menores con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos. Mas esto puede resultar conflictivo con respecto al tipo de decisiones que vayan a tomar.

El pronunciamiento constitucional frente al contenido y los límites de la responsabilidad parental se da en la Sentencia C-246 de 2017. Aquí se establece que la decisión de realizar procedimientos médicos de carácter estético hace parte del criterio de los padres, expresado en la figura de la responsabilidad parental. Son los padres —y no los menores— quienes están habilitados para decidir sobre la realización de estos procedimientos. Esto establece un límite para el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores.

Además, el alto tribunal afirma que siempre debe haber un consentimiento informado cualificado y persistente del menor. Debe prevalecer “la regla de escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes acerca de las decisiones que les concierne, particularmente en los casos en los que se compromete su autonomía futura o aspectos centrales que su determinación”.

Se evidencia lo mencionado sobre la imposibilidad de realizar una línea jurisprudencial con una base sólida de la responsabilidad parental. Por eso, dos de las sentencias descritas se agregaron también en la sección de patria potestad.

Para facilitar la comparación y con la aclaración de no ser una línea jurisprudencial, se presentan en la siguiente tabla las sentencias que nos pueden dar fe del desarrollo jurisprudencial adelantando en la responsabilidad parental.

Tabla 4  
*Sentencias de la responsabilidad parental*

Sentencia	Posición jurisprudencial frente a la responsabilidad parental
Sent. C-1003 de 2007, Corte Constitucional	Responsabilidad parental: complemento de patria potestad
Sent. C-252 de 2015, Corte Constitucional	Se reitera la posición jurisprudencial y reconoce el efecto modulador de la responsabilidad parental frente a la patria potestad.
Sent. C-246 de 2017, Corte Constitucional	Decisión de procedimientos médicos estéticos: criterio de los padres por la responsabilidad parental. Se establece límite para el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores.

La figura de la responsabilidad parental y las preguntas que llevaron a su surgimiento no son exclusivas del contexto colombiano. Por el contrario, lo anterior resulta ser una de las preocupaciones más visibles del derecho de familia latinoamericano. Unos de sus máximos ejemplos son las nuevas legislaciones de Argentina y Chile. A continuación, como parte de un somero estudio de derecho comparado, analizaremos las disposiciones existentes en estos países.

**La responsabilidad parental en Argentina.** El país tuvo un importante cambio legislativo en materia de derecho privado por tres motivos. Uno, ajustar la normatividad a las transformaciones culturales de las últimas décadas. Dos, incorporar los mandatos de los diversos tratados de derechos humanos. Tres, armonizar la legislación nacional con las tendencias de modificación y codificación evidenciadas en la región. Entonces, Argentina expidió el nuevo Código Civil y Comercial de 2014, aprobado por la Ley 26.994, en donde se abandonó la antigua nomenclatura que definía el concepto de patria potestad (Jáuregui, 2016). Este se reemplazó por la noción de responsabilidad parental.

El nuevo concepto se consagró en el Capítulo I, Título VI, artículo 638 como: “el conjunto de deberes y de derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

De la conceptualización de la responsabilidad parental, se desprenden fundamentos sociales y jurídicos que explican el cambio. El primero es el desarrollo del reconocimiento de la “autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes” en el ejercicio de sus derechos (Art. 639). Los padres ya no tienen la potestad o el poder absoluto sobre sus hijos, sino que se configura una noción de responsabilidad. Su ejercicio implica que los menores deban ser “oídos y escuchados” en los aspectos que los involucran. Los progenitores tendrán en cuenta la evolución de las facultades y el grado de madurez del menor. Se encargarán de dirigirlo y orientarlo progresivamente para que el menor pueda ejercer por sí mismo los derechos que el ordenamiento jurídico argentino y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) le reconocen. Es decir, la responsabilidad parental se materializa gradualmente y se matiza según los desarrollos físicos y psicológicos del menor de edad.

Esta progresividad de la autonomía del menor es resaltada en el artículo 7° del Código Procesal de Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el artículo 12 de la CDN:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos e instancias que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento. 12.1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar libremente en todos los asuntos que afectan al niño, tendiéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 12.2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño (Jáuregui, 2016).

En el segundo, la responsabilidad parental implica que el conjunto de facultades, obligaciones y deberes impuestos por la ley se encuentran en cabeza de ambos padres. Pues, aquellos están orientados a la satisfacción primordial del interés superior del menor. El espectro de acción de los progenitores frente al menor se circunscribe al ámbito personal, económico y administra-

tivo. Según Cillero (2016), el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional de Argentina materializó estos objetivos de acuerdo con el artículo 3.1 de la CDN. Los padres tienen la responsabilidad de la crianza y desarrollo de los hijos, en garantía del interés superior del menor. Este se propende por la máxima satisfacción integral de sus derechos (Art. 3° de la Ley 26.061).

Esta protección constitucional al menor es uno de los principios rectores de la responsabilidad parental que debe interpretarse en cohesión con la Observación N°14 (2013) del Comité de Derechos del Niño, (art.3, párrafo 1°), aprobada por el Comité en sesión 62. Es decir, como derecho de aplicación directa, principio interpretativo fundamental en pro del interés del menor y norma de procedimiento.

Asimismo, de la responsabilidad parental se deriva que los padres no deben ejercer abusivamente los derechos que la ley les reconoce sobre los menores. El artículo 10 del Código Civil y de Comercio Nacional configura esta actuación como contraria a los fines del ordenamiento jurídico o a los límites impuestos por la buena fe, la moral o las costumbres.

Las restricciones legales impuestas al ejercicio de la responsabilidad parental y su consecuente sanción en los tribunales en Argentina se refleja en un caso particular. La negativa de unos padres a la vacunación de su hijo, bajo el plan de vacunas obligatorias establecidas en la Ley 22.909. Ante esta oposición, la autoridad judicial se pronunció afirmando que esa actuación excede el ejercicio de la autoridad parental porque se atenta contra el interés superior del menor como sujeto de especial protección. Así que ordenó la aplicación de las vacunas al menor de edad (Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina, AP/JUR/940/2012). El fallo del alto tribunal estuvo enfocado en resaltar que:

La intervención parental dispuesta por el sistema institucional no se encuentra prevista para que los progenitores ejerzan sus propios derechos. De modo diferente, las atribuciones se le confieren para cumplir una misión; la cual es guiar al niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales; y de ahí que sus labores se inscriben en el orden del deber y la responsabilidad (Mizrahi, 2016).

En resumen, la normatividad de Argentina se encarga de desarrollar los elementos que componen el concepto de responsabilidad parental. Tales como la titularidad y su ejercicio, el cuidado personal del hijo por los progenitores y la guarda otorgada por un juez a un tercero.

***Los derechos y deberes propios de la responsabilidad parental.*** Los deberes de los progenitores están enlistados en el artículo 646 del Código Civil y de Comercio argentino y delimitados en el artículo 647 del Código Civil y de Comercio. Aquí se prohíbe el maltrato al menor. No se debe incurrir en castigos físicos ni en cualquier conducta que menoscabe el bienestar físico o psíquico del menor.

Son deberes de los progenitores: 3) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; 4) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; 5) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; 6) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; 7) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; 8) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

Además, el Código Civil y de Comercio de Argentina contiene derechos y deberes de los progenitores concernientes al cuidado de los hijos, que son delimitados por la misma definición del cuidado de los menores. Según el artículo 648 del Código Civil y de Comercio, el concepto se refiere a “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

La regla general del 658 del mismo código promulga que “ambos progenitores tienen la obligación y el derecho a criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”.

Las modalidades de cuidado de los menores, a partir del artículo 648, son tres: el cuidado compartido alternado, el cuidado compartido indistinto y el cuidado unipersonal. Estas se tratan de tres situaciones excepcionales al régimen totalmente compartido de cuidado del menor por el

que aboga el espíritu del Código. El cuidado compartido alternado significa que el niño permanece un periodo de tiempo bajo tutela exclusiva con un padre y luego otro periodo semejante bajo tutela exclusiva del otro. Pues, “los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, (...) convivan o no con el progenitor. [Una vez] producida la ruptura, se pretende que ella incida lo menos posible en la relación padres e hijos” (Mizrahi, 2016).

Este avance en el tipo de cuidado compartido asegura varias ventajas:

a) se conserva la residencia de los hijos con uno de los padres, pero ambos tienen el ejercicio de la autoridad parental; b) se permite mayor participación de la madre o el padre que no tiene la guarda en el proceso de desarrollo y formación de los hijos; c) posibilita mantener la igualdad en el ejercicio de los deberes y derechos que emanan de la responsabilidad parental; d) consagran un modelo de coparentabilidad que conlleva el reconocimiento de iguales derechos y responsabilidades para ambos padres (Krasnow, 2012).

El cuidado compartido indistinto significa que el menor convive de manera permanente con uno de los padres. Mas las responsabilidades y decisiones respecto de su crianza, educación y formación general reposan en cabeza de ambos progenitores (Jáuregui, 2016). Por su parte, el cuidado unilateral solo está llamado a prosperar en casos extremos de desaparición de uno de los padres, su muerte, o cuando su presencia es particularmente dañina para el desarrollo sano del menor. En los procesos contenciosos que no lleguen a un acuerdo, el juez es el responsable de formular la modalidad de cuidado que habrá de funcionar en tal unidad familiar.

***Entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental.*** Como regla general, la titularidad de la responsabilidad parental está en cabeza de manera conjunta en los progenitores del menor de edad. El legislador entendió que esta disposición legal permite materializar la Comisión de los Derechos del Niño, lo que conlleva a la satisfacción del interés superior del menor y de los principios de la familia (Jáuregui, 2016). El Código Civil y Comercial de Argentina establece dos aristas en materia de asignación de responsabilidad parental: la asignación convencional y la asignación legal.

En la asignación convencional, se permite que la responsabilidad parental sea adquirida por un acuerdo de voluntades. Por ejemplo, en el caso que el menor solo tenga un vínculo filial con uno de los cónyuges. También en el que los exesposos convengan que la responsabilidad parental le será extendida a la pareja sentimental de uno de los progenitores.

En cuanto al concepto de “progenitor”, el artículo 675 Código Civil y de Comercio se encargó de regular el ejercicio conjunto con el “progenitor afín”, al establecer que “en caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente”. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente, lo cual supone una evaluación previa de la idoneidad de la medida por parte de los equipos técnicos Judiciales. Un análisis por parte del juez acerca del grado de satisfacción del interés superior del menor. Más la indagación de la opinión del niño o adolescente según su madurez y desarrollo sobre esta medida objeto de estudio (artículo 707 del CCCN).

En todo caso, esta responsabilidad parental con “el progenitor afín” le otorga prevalencia ,en situaciones de controversia que involucran al menor, a la decisión tomada por el progenitor. Además, la responsabilidad parental está sometida a una condición resolutoria en tanto se extingue si la comunidad familiar desaparece —hay ruptura del matrimonio o de la unión convencional (Alesi, 2015).

La asignación convencional de la responsabilidad parental también permite delegar su ejercicio a un tercero. Es decir, un hermano, tío, entre otros. Siempre y cuando tal decisión se justifique de manera suficiente y razonada, y que se dé por un término máximo de un año. Esta delegación, que se configuran en supuestos de “especial gravedad”<sup>1</sup> (Jáuregui, 2016), afecta potencialmente los derechos del menor de edad y permite que los progenitores conserven la titularidad de la misma. Mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo. Lo anterior es estipulado por el artículo 643 del Código Civil y de Comercio:

---

1 Situaciones de gran magnitud que puedan provocar un daño potencialmente a los derechos del niño.

En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que solo tiene un vínculo filial establecido.

No obstante, la convencionalidad es una excepción y la fuente que está llamada a regular la titularidad de la responsabilidad parental es la ley. No la voluntad de los padres. La asignación legal opera en dos escenarios: uno, cuando surge un vínculo filial; y dos, cuando a falta de tal vínculo los parientes de un menor no resuelven quién debe asumir la responsabilidad parental. En este último caso, es posible acudir ante un juez para lo decida por medio del proceso más expedito que contemple la ley local.

Esto implica que el juez tendrá la posibilidad de asignar esta responsabilidad provisionalmente a algún pariente o padre de crianza, distribuir las funciones de esta figura entre varias personas o tomar medidas de intervención disciplinaria y someter las discrepancias a mediación. Frente a ello, la titularidad de la responsabilidad parental cobra relevancia al momento de tener en cuenta que hay decisiones del menor que deberán tener la expresa autorización de la persona que ostenta esta figura.

Para los casos de responsabilidad parental conjunta entre los progenitores, se aplica la presunción que los actos de un progenitor cuentan con la aprobación tácita del otro. Las siguientes son las excepciones contenidas en el artículo 645 del Código Civil y de Comercio:

- i) la autorización para contraer matrimonio (hijos entre dieciséis y dieciocho años); ii) la autorización para el ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; iii)

para salir de la República o el cambio de residencia permanente en el extranjero; iv) para estar en juicio, en los supuestos en que el hijo no puede actuar por sí; y v) para administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad a los autorizados por el Código Civil y de Comercio.

La persona que ejerza la responsabilidad parental sobre el menor de edad será la encargada de tomar decisiones importantes, en situaciones que modifican o alteran las condiciones que afronta el menor de edad. Por ejemplo, las que permiten al menor contraer matrimonio, concurrir a un juicio e incluso salir del país.

El sistema normativo argentino también contempla algunas situaciones en las cuales la responsabilidad parental puede verse suspendida o eliminada para uno de los padres. En el Código Civil y de Comercio, se establecen las normas sobre extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad paterna (artículos 699, 700, 702, 703 del Código Civil y de Comercio).

Las causales específicas para cada una de estas situaciones no difieren mucho a la de otros sistemas jurídicos como el colombiano. Lo que realmente resulta interesante es la posibilidad de “rehabilitación” en la titularidad de la responsabilidad parental. El Código advierte que cualquiera de los parientes podrá demostrar que se justifica la asunción, nuevamente, de los deberes y derechos que se derivan de la responsabilidad paterna. Todo en pro del interés del menor.

**El giro chileno: la figura de la corresponsabilidad parental.** Las relaciones familiares chilenas están reguladas por el Código Civil y por la Ley de Menores (Ley No. 16,618). Se presentan dos esferas desarrolladas por el legislador, en las cuales puede catalogarse la relación paterno-filial con un tratamiento dual (Lathrop, 2011). Por una parte, existe la figura del cuidado personal, cuya principal concreción es el cuidado personal de los hijos (Acuña, 2015). Esta se refiere a la esfera de trato personal entre progenitores y menores, que existe paralelamente a la patria potestad (Lathrop, 2011, p.93). El artículo 225 del Código Civil chileno estipulaba que su ejercicio radicaría en la madre en caso de separación de los padres. Por otro lado, está la patria

potestad que corresponde a aquella esfera patrimonial de la relación entre padres e hijos (Arancibia & Cornejo, 2014). Contempla lo relativo a los bienes y la representación legal del menor.

A diferencia del cuidado personal, la patria potestad se compartía en casos de normalidad, mientras que los padres separados tendrían que realizar un acuerdo al respecto. Si no lo había, la patria potestad sería ejercida por el padre (Lathrop, 2011). Lo anterior implica que, en situaciones de crisis, se descartaba la posibilidad de que los padres ejercieran la patria potestad conjuntamente.

[Esta realidad] contrasta drásticamente con la de otros países (...), en los que la patria potestad no se restringe a lo patrimonial sino que corresponde más bien al concepto doctrinal chileno de autoridad paterna o autoridad parental y donde no existe preferencia legal en la asignación del cuidado (Lathrop, 2011, p. 94).

Dicha división entre los derechos personales y patrimoniales ha sido fuertemente criticada por la doctrina. Se considera que esta carece de fundamento constitucional y que, por el contrario, atenta contra el principio de igualdad y de supremacía del interés del menor (Álvarez, 1998). El principal argumento al respecto se refiere a que ambas esferas están necesariamente en constante relación entre sí. Dividir las trae serias complicaciones al momento de su aplicación. Una muestra de esto es la institución del cuidado del menor, o sea los deberes genéricos de los padres frente a sus hijos, según el artículo 244 del Código Civil. Estos se relacionan con los derechos personales y patrimoniales (Schimdt & Veloso, 2001).

Frente a la amplitud propia de la definición del cuidado personal de los menores, la Ley 20,680 de 2013 hace cambios al Código Civil que impactan las relaciones familiares. Desarrolla y decanta la institución del cuidado personal, implementando dos cambios principales.

En primer lugar, el art. 224 del Código Civil cambia el sentido del término 'cuidado' e introduce el principio de corresponsabilidad. Los padres tendrán que participar en la crianza y la educación de sus hijos de manera activa, equitativa y permanente. Sin importar el estado de su relación conyugal (Acuña, 2015).

En segundo lugar, el artículo 225 modificó cómo los padres acuerdan si desean compartir el cuidado personal del menor o a quién de ellos corresponde asumirlo. Si no hay consenso, esta responsabilidad recaerá en el padre o madre con quien viva el menor. También un juez podría atribuir el cuidado personal al otro padre según lo considere conveniente para el interés superior del niño (Acuña, 2015).

En cuanto a la patria potestad, se refleja un cambio considerable en la titularidad y ejercicio porque también se aplica la corresponsabilidad. Igualando con esto la relación paterno-filial para ambos padres (Acuña, 2015).

Esta ley no surgió solo ante la necesidad de enriquecer el cuidado personal de los menores. Se configuró como una herramienta para desbancar los imaginarios según los cuales, una vez separados los padres, era la madre quien debía hacerse cargo del cuidado del menor de forma exclusiva. Mientras que el padre estaría encargado del manejo de los derechos y deberes patrimoniales relacionados con el menor.

La corresponsabilidad parental es una institución jurídica que determina el cuidado personal de los menores, más allá de poder catalogarse como un derecho/deber patrimonial o personal. Se refiere a un elemento material y efectivo relacionado con la convivencia que tienen los progenitores, abarcando todo lo que tal convivencia material implica. Esta ley vela por el derecho de los menores a relacionarse con sus padres y determina quién ejerce el cuidado del hijo a partir de las circunstancias y de lo que sea conveniente para el interés superior del menor (Acuña, 2015).

En virtud de su contenido, se ha llegado a entender la corresponsabilidad parental como un principio rector de las actuaciones que deben tener los padres para con sus hijos. Esta figura también reconoce los tratados internacionales que predicán la igualdad de derechos en la pareja (Acuña, 2013). El principal efecto de la corresponsabilidad parental, como un principio rector, se da en la comprensión de la figura de la coparentalidad. Si bien resultan terminológicamente similares, la corresponsabilidad parental y la coparentalidad no son sinónimos. La última institución hace referencia al derecho del menor de recibir cuidado y educación habitual por parte de sus progenitores. Esto mediante el contacto directo y frecuente con el niño, por lo cual también

se desdibuja la división clásica que presentaba la práctica de los derechos patrimoniales y personales de los padres frente a los hijos en Chile (Acuña, 2013).

Así es posible ver el efecto de la actualización del régimen de la patria potestad en el ejercicio práctico de los derechos y las instituciones en Chile. Ahora, este régimen se rige por la lógica de la equiparación de los géneros para asumir la patria potestad y el cuidado personal. Considera que cualquiera de los dos padres es, por regla general, igualmente capaz de asumir los deberes parentales (Acuña, 2015).

Si bien la Ley 20.680 no introdujo una reforma radical al instituto de la patria potestad, ha permitido que esta siga su proceso de evolución hacia un régimen que, por un lado, no discrimina entre los padres al tiempo de definir la titularidad, ampliando las posibilidades y contenido de los pactos, y por otro lado, flexibiliza los sistemas de ejercicio conjunto cuando ello no menoscaba los intereses del hijo (Acuña, 2015).

**Algunos paradigmas latinoamericanos: el abandono de la patria potestad.** La patria potestad y la responsabilidad parental en Colombia, Argentina y Chile coinciden en tres puntos.

Primero, la patria potestad está en tensión por los movimientos sociales latinoamericanos, tales como los promotores de la igualdad de género mediante vías jurídicas. Mientras que la lucha chilena y argentina por la desesencialización de la mujer como madre impulsó los cambios, en Colombia se dan debido al reconocimiento del cuidado mediante familias extensas.

Segundo, los cambios chilenos y argentinos se dan en torno a una extensión de las prácticas de cuidado. Bien sea que recaigan en la madre, los dos padres u otras personas relacionadas con los menores. Este elemento representa una de las principales tensiones que existen en el derecho de familia colombiano. Pues, limitar el cuidado y la crianza de los niños a sus padres genera una situación de riesgo para la integridad de los menores. También desconoce el principio del interés superior del menor.

Tercero, los cambios responden a diversas tensiones que surgen en el ordenamiento jurídico por estas nuevas condiciones sociales. Sin ser drásticos, permiten a los estados evolucionar

hacia una regulación de la relación paterno-filial más equitativa, efectiva y coherente con los principios constitucionales.

## Capítulo IV

### **Tensión en el ordenamiento jurídico: patria potestad y responsabilidad parental**

El ordenamiento jurídico colombiano carece de una conceptualización clara y concisa de patria potestad y responsabilidad parental. Esto acarrea confusiones en la interpretación de las normas relacionadas. Por ejemplo, las tensiones entre la conceptualización actual de la patria potestad y el concepto constitucional de la familia contemporánea. El concepto restrictivo y biologicista de la patria potestad se asocia con derechos utilitarios de los padres varones, por una lógica arcaica sobre la familia colombiana.

La patria potestad se tensiona cuando las lógicas propias de una conceptualización vetusta de la familia la deforman. Por ejemplo, cuando los padres viven juntos, los derechos propios de la patria potestad —representación, administración de bienes y usufructo— están indistintamente en cabeza del padre y de la madre. No obstante, cuando el padre y la madre de un menor no viven juntos y no están de acuerdo en las decisiones que conciernen a sus hijos, surgen tensiones en torno a la figura de la patria potestad. Estas tracciones se presentan en diferentes aspectos, tales como la representación judicial, la administración de bienes y la tirantez. Estas se evidencian cuando se ponen en paralelo la patria potestad y la responsabilidad parental. La última implica el cumplimiento de derechos y deberes en la relación paterno filial, mientras que la primera implica el poder que faculta para el ejercicio de otros derechos-deberes.

En la legislación nacional, se considera erróneamente que la responsabilidad parental está sujeta a la patria potestad. Pero la patria potestad es una consecuencia de los derechos que están contenidos en la responsabilidad parental. Es decir, se ejerce la representación judicial y lo referido a la parte patrimonial sobre la base de la obligación de protección, cuidado, asistencia física, moral y educación que tienen los padres para con los hijos no emancipados, .

La responsabilidad parental tiene un contenido de derechos-deberes en razón a que, si bien son deberes de los padres, también se configuran como derechos de los menores de edad. Igualmente, tienen el sentido de ser derechos de los padres en su calidad de progenitores, para facilitar el cumplimiento de sus deberes con el eje transversal del principio de interés superior de

los menores. Sin embargo, cuando los padres no conviven y están en desacuerdo en las decisiones frente al menor, las tensiones de la responsabilidad parental se extienden al permiso para que los hijos puedan contraer matrimonio, la administración de bienes del hijo y el usufructo de los bienes para los padres.

El siguiente segmento esboza tres de las principales tensiones identificadas tras estudiar las relaciones jurídicas que surgen entre la patria potestad y un nuevo concepto de familia incluyente. Primero, la obligación de los alimentos. Segundo, el régimen de visitas y su relación con la privación y suspensión de la patria potestad. Tercero, las limitaciones de la patria potestad en la igualdad de derechos para las familias no constituidas por padres e hijos (familias de crianza).

Estas tres tensiones evidencian el problema planteado desde el comienzo de la investigación. Dan cuenta de los efectos que la falta de técnica jurídica en la praxis del derecho de familia colombiano genera en las vidas materiales de las familias contemporáneas. Una perpetuación de las desigualdades materiales frente a las familias no-normativas y la desfiguración del interés superior del menor en pro de los derechos de los padres. Esto con el fin de identificar la correspondencia entre la autoridad parental y la responsabilidad parental con las nuevas formas de derecho de familia colombiano.

### **El derecho de los padres sobre la obligación con el menor**

**El caso del pago de los alimentos para los hijos.** Numerosas disposiciones normativas nacionales e internacionales han catalogado el derecho de alimentos del menor de edad como uno de los más importantes del ordenamiento jurídico. Internacionalmente, podemos encontrar la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989 suscrita en Montevideo. Nacionalmente, se destacan la Constitución Política de 1991, el Código Civil, el Código de Infancia y Adolescencia e incluso el Código Penal. El derecho de alimentos es reconocido como un derecho-deber de carácter universal e intrínsecamente ligado con la igualdad.

El ordenamiento jurídico interno retoma la importancia de este derecho. Se encarga de desarrollar toda una reglamentación en torno a él para integrar ramas del derecho con un mismo objetivo: la efectiva protección y garantía del derecho de alimentos de los menores. Este se relaciona con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la dignidad humana, la salud, etc.. Por eso, se han desarrollado disposiciones que surgen de la Constitución y que permeen todo el sistema jurídico. Uno de estos avances fue la categorización del derecho de alimentos como derecho fundamental por medio del artículo 44 de la Constitución Política de 1991.

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Adicionalmente, la normatividad colombiana presenta otras normas que amplían el alcance del derecho a los alimentos. Por ejemplo, el Código Civil establece un régimen general que brinda a una diversidad de personas el derecho legal de obtener alimentos por parte de otras. El artículo 411 del Código Civil establece que tendrán derecho a recibir alimentos el cónyuge, los descendientes y ascendientes sin importar su tipo de filiación. También los hermanos legítimos y a aquel que hizo una donación cuantiosa si la misma no se hubiese revocado. Este derecho, de acuerdo con la Corte Constitucional, se define como una capacidad para reclamar a una persona legalmente obligada, el pago de una acreencia.

El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos (Sentencia C-919 de 2000, CConst.).

El sustento de origen legal para la existencia de este derecho se encuentra en los deberes que devienen de los vínculos familiares. Principalmente, en el deber de solidaridad plasmado en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política de 1991. Así lo expresó la Corte Constitucional en las Sentencias C-994 de 2004, C-258 de 2015 y T-685 de 2014:

El fundamento constitucional del derecho de alimentos es el principio de solidaridad social (Arts. 1o y 95, Num. 2) En el interior de la familia, por ser ésta la institución básica de la sociedad (Art. 5º) o el núcleo fundamental de la misma (Art. 42), por lo cual, por regla general, una de sus condiciones es el parentesco de consanguinidad o civil entre alimentario y alimentante, en los grados señalados en la ley, o la calidad de cónyuge o divorciado sin su culpa (Sentencia C.994 de 2004, CConst.).

A partir de la declaración de los procesos de filiación, se consolidan garantías y obligaciones como el derecho a recibir alimentos. Un contenido que supera el mero concepto económico y cuyo significado está mejor asociado a una manifestación del deber de solidaridad y responsabilidad (Sentencia C-011 de 2002, CConst.).

Aunque cada persona debe velar por su propia subsistencia, en virtud de los principios constitucionales de equidad y de solidaridad, los miembros de la familia tienen el deber de procurar la subsistencia de aquellos integrantes que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos (Sentencia T-685 de 2014, CConst.).

El deber de solidaridad, el derecho de recibir y el deber de dar alimentos se generan por medio del parentesco. Esto ha sido recalcado por diversos conceptos<sup>2</sup> emitidos por el Instituto Colombiano para el Bienestar Familiar (ICBF).

Para solicitar alimentos de forma efectiva, según la ley y la jurisprudencia, deben cumplirse tres requisitos. Uno, la existencia de un vínculo de parentesco avalado por la ley que genere la obligación de alimentos. Dos, la necesidad de alimentos por parte del solicitante (artículo 420 del Código Civil). Tres, la existencia de capacidad de pago de la persona a quien se le solicitan los alimentos (Sentencia C-258 de 2015, CConst.).

No obstante, en el marco legal colombiano, existe un régimen especial consagrado para los alimentos debidos a los menores de edad. El artículo 24 del Código de Infancia y Adolescencia estipula el derecho de los menores a los alimentos y brinda su definición.

*Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos [énfasis añadido] y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes [énfasis añadido]. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.*

El derecho de alimentos se ancla en el deber de solidaridad filial. El régimen especial de alimentos para menores tiene un sustento adicional encontrado en el principio del interés superior del menor. Este se ha establecido expresamente en el artículo 8 del Código de Infancia y Adolescencia: “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”. La consagración de este principio se

---

2 Ver Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) concepto 134 de 2012. Bogotá D.C

da en pro del reconocimiento de la calidad de sujeto de especial protección que tienen los menores de edad.

*Ahora bien, la categoría de sujetos de especial protección constitucional de los menores de edad tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran [énfasis añadido], pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes niveles y se da a partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad (Sentencia C-318 de 2003, CConst.).*

Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral (Sentencia T-466 de 2006, CConst.). Las normas y la jurisprudencia de la Corte enfatizan en ponderar el derecho a los alimentos de los menores de edad con otros derechos a los cuales se pueda ver enfrentados.

Ante una situación de conflicto de derecho que no logre armonizarse, la solución será aquella que “mejor satisfaga el interés superior del menor” (Sentencia T-510 de 2003, CConst.). Sin embargo, este criterio orientador se ha visto opacado por el surgimiento de una postura hermenéutica que deforma el marco de protección constitucional y que se materializa en la jurisprudencia existente sobre la imposibilidad del pago de alimentos. Lo anterior, con base en la indebida implementación del derecho al mínimo vital que se ha generado en la Corte Constitucional.

De acuerdo con la entidad judicial, el respeto al mínimo vital y el principio general del derecho según el cual, nadie está obligado a lo imposible, justifican la ausencia del pago de alimentos a los menores cuando la condición económica del padre resulte precaria. Esta postura jurisprudencial tuvo su origen en el estudio del delito penal de inasistencia alimentaria, caso en el

que se encontró que la carencia de recursos económicos se constituía como un asunto de fuerza mayor que no generaba culpa para el progenitor.

Esta posición se ha extendido hasta el campo de la responsabilidad civil que tienen los padres para con sus hijos. La Corte Constitucional ha estipulado que la falta de capacidad económica exime de la obligación de alimentos.

La carencia de recursos económicos no solo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino -a fortiori- la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad (art. 40-1 Código Penal); en consecuencia, tampoco este último cargo está llamado a prosperar (Sentencia C-237 de 1997, CConst.).

Además, la Corte Constitucional ha ampliado el espectro de obstáculo que encuentra el eficaz cumplimiento del derecho de alimentos de los menores. Esta corporación ha establecido que “dado que nadie está obligado a lo imposible (...) el juez queda obligado a (...) relevar al deudor del pago de la cuota fijada en virtud de un patrimonio que no corresponde a su realidad económica” (Corte Constitucional, Sentencia C-388 de 2000). También implementó una limitación al efectivo cumplimiento de este derecho en el campo civil, sobreponiendo el desarrollo personal de los progenitores sobre el cumplimiento de la obligación alimenticia.

La atención de las necesidades de los hijos, aunque es una obligación constitucional, debe armonizarse con el derecho a desarrollarse como persona y ser partícipe activo en la sociedad. Tal desarrollo y participación demanda recursos para atender gastos que permitan la congrua existencia. Los padres no pueden convertirse en una suerte de “esclavos” de sus hijos (Sentencia T-492 de 200, CConst.).

Lo anterior da cuenta de un problema de carácter hermenéutico que permea la jurisprudencia de la Altas Cortes colombianas. La ignorancia del cumplimiento del principio de interés superior del menor, estipulado en el artículo 44 de la Constitución. En el caso particular de los alimentos, se presenta una vulneración a los derechos del menor que afecta su mínimo vital y el acceso efectivo a derechos fundamentales. Estos dependen del pago de los alimentos, por ejemplo, el derecho a la educación, recreación, salud, vivienda digna, entre otros.

La aplicación de una interpretación hermenéutica errónea conlleva a preferir los derechos al mínimo vital del padre deudor y el principio de la inviabilidad de la obligación a lo imposible, por sobre los diversos derechos fundamentales del menor y su principio de interés general. Además, se desdibuja el tipo de obligaciones propias de la patria potestad, sometiendo a quien tiene la custodia del menor a tener que sacrificar su mínimo vital para poder cumplir con los derechos del menor, sin que se le reconozca ningún tipo de beneficios.

Sin embargo, esta no es la única forma en la cual se materializa la inadecuada aplicación de los principios constitucionales en Colombia en cuanto al derecho de alimentos. El ordenamiento jurídico colombiano no solo da preponderancia al mínimo vital de los padres deudores, sino que también excusa el cumplimiento de las obligaciones en pro de estas disposiciones. Tal es el caso del régimen de visitas que es un derecho de los padres que no se ve afectado por la falta de correspondencia en sus deberes.

### **El derecho de visitas sin límites regulatorios**

¿Es un derecho pensado para materializar el interés superior del menor o los derechos de los progenitores? El régimen de visitas está orientado, por un lado, a proteger el interés del padre de preservar los vínculos naturales con su hijo. Por otro, a garantizar el interés superior del menor para que este deber se mantenga, aun cuando el progenitor ha sido sujeto a la suspensión o terminación de la patria potestad. El régimen de visitas es un derecho de doble vía, en donde convergen los derechos de los hijos menores y los de cada uno los padres. Derechos que deben ser respetados en cualquier contexto, incluso en escenarios de discordia entre los progenitores.

Las visitas no deben estar sujetas a la autoridad o voluntad del otro progenitor, pues se impediría la existencia de espontaneidad del visitante para cultivar el afecto de su hijo (Sentencia T-523 de 1992, CConst. M.P. Ciro Angarita Barón).

La Corte Constitucional ha manifestado que el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen. También a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia (Sentencia T-500 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía).

Igualmente, La Sentencia C-239 de 2014 analiza el tipo penal del ejercicio arbitrario de la custodia del hijo menor de edad consagrado en el artículo 230a del Código Penal. En esta resuelve sobre una posible vulneración del derecho a la igualdad de trato de los padres y del derecho fundamental de los niños a tener una familia. La Corte se pregunta si dichas vulneraciones ocurren con ocasión de no otorgar la misma pena al padre que sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos con el objetivo de privar al otro padre de su derecho de custodia. Esto frente al padre que, teniendo la custodia, comete una conducta similar con el propósito de privar al otro de ejercer el derecho de visitas.

La custodia le corresponde al padre o personas que conviven de manera permanente con el menor. Su objetivo es “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (Sentencia T-577 de 2011, CConst. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Mientras que el derecho de visitas recae en cabeza del padre que no detenta la custodia y, en virtud del cual, “comprende el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual” (Sentencia C-239 de 2014, CConst.).

Con esto claro y retomando el caso anterior, la Corte declara finalmente la constitucionalidad de la norma demandada, toda vez que dar diferente protección penal a la situación del padre que tiene la custodia y cuidado del menor. Esto en contraste con quien corresponde el régimen de visitas, no constituye discriminación injustificada ni desconoce el derecho a la familia de los menores. Los supuestos de hecho en los dos escenarios son diferentes. No respetar el régimen de

visitas es reprochable porque viola los derechos fundamentales del menor. Mas no es equiparable a arrebatar y sustraer a un hijo para impedir que el padre que tiene la custodia pueda ejercerla.

La primera conducta puede someterse al control de las autoridades mediante otras vías como la tutela. Sin necesidad de tipificarla como en el caso de la segunda.

El régimen de visitas hace parte de los “deberes de crianza, cuidado personal y educación” que están en cabeza de los progenitores con respecto a sus hijos y que se preservan según el artículo 310 del Código Civil. Incluso si el padre es sancionado con la terminación o la suspensión de la patria potestad. Sin embargo, el carácter dual del régimen de visitas (derecho de los padres y de los hijos) lo diferencia de otro tipo de deberes de crianza y cuidado personal.

La Sentencia T-266 de 2012, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) determina si la pérdida de la patria potestad libera o exonera a los padres de los deberes de crianza, cuidado personal y educación. También si existe violación del derecho al debido proceso de un menor de edad cuando un juez de familia fija el régimen de visitas a favor de un padre, que ha sido previamente privado de la patria potestad. “Los efectos de la pérdida o suspensión de la patria potestad se proyectan sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación”. En este pronunciamiento, se evidencia la separación entre el contenido concreto de la patria potestad y el de la responsabilidad parental. Sin olvidar que la segunda es la causa eficiente de la existencia de la primera.

La terminación y suspensión de la patria potestad tienen un carácter meramente sancionatorio. Este conlleva a la limitación o despojo de ciertas facultades derivadas de la patria potestad al padre que ejerció mal estas atribuciones reconocidas por la ley o que no cumplió con sus obligaciones encaminadas al bienestar integral e intereses del menor de edad.

Sin embargo, las visitas no son solo un deber para con el menor, sino que también un derecho para el padre. Así uno de los progenitores sea sancionado con la terminación o suspensión de la patria potestad y su aplicación a los derechos del menor, tiene la facultad de exigir la regulación del régimen de visitas con su hijo, con el objeto de preservar sus vínculos afectivos y la unidad familiar.

Solo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho. *Así, se ha decidido que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita* [énfasis añadido], cuando aquélla se debe al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor (Sentencia T-523 de 1992, CConst. M.P. Ciro Angarita Barón).

Es muy contradictorio que el legislador contemple que, a pesar de la sanción impuesta al padre por el incumplimiento de sus deberes, se le permita exigir la regulación de las visitas. Existe una desfiguración del concepto del interés superior del menor, la cual conlleva a una interpretación que beneficia a los progenitores y no a los menores. Esto se hace más evidente cuando estudiamos las causales de suspensión de la patria potestad y de la privación de la patria potestad que reglamenta el código civil (Arts. 310, 315, C.C). Estas suponen una búsqueda por la prevención de un determinado riesgo que pueda sufrir el menor por la conducta de sus padres.

Permitir las visitas filiales a los padres privados de la patria potestad contraría todas aquellas regulaciones de la ley colombiana. También contradice los principios constitucionales que pretenden proteger el desarrollo armónico de los menores, su integridad física, mental y emocional, y el ejercicio pleno de sus derechos. Es evidente entonces que, cuando exista un riesgo que amerite la privación o suspensión de la patria potestad, la prevención del mismo debería extenderse para cobijar el régimen de visitas. Así se ajusta a los principios constitucionales y se protegen los derechos fundamentales de los menores.

La decisión de otorgar visitas, incluso cuando se ha privado o suspendido la patria potestad, no puede interpretarse como una regla absoluta. Por el contrario, debe analizarse teniendo en cuenta supuestos de hecho concretos. Es importante analizar el caso que llevó a la Corte Constitucional a adoptar esta interpretación. Se trata de una accionante que interpone acción de tutela en contra de la providencia del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia, de Popayán, pues se ordena un régimen de visitas en condiciones inequitativas. Los menores vivían con su padre en una ciudad distinta a la que residía su madre y se negaban a compartir tiempo con ella. Es así

como la Corte finalmente determinó que, dado que el derecho de visitas es de doble vía, incluso ante la negativa del hijo, es inviable privar de este derecho a los padres.

No obstante, el sistema jurídico colombiano ha ignorado esta lógica y permite la regulación de visitas para los progenitores privados o suspendidos de la patria potestad. El sistema jurídico entiende que, en principio, la separación de los niños de su entorno familiar tendría lugar cuando se evidencia “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgoso” (Sentencia T-012 de 2012, CConst.). Mas se desconoce por qué, a pesar de la existencia de esta prerrogativa, el sistema contempla la posibilidad de incursionar a un menor de edad en escenarios tendientes a afectar su integridad física y moral. Esto en razón a considerarse que los derechos de los padres tienen un enfoque dual con relación a los menores.

Ejemplo de esta nociva interpretación es otorgar el derecho de visita a un padre acusado de cometer un delito sexual contra su hijo o hija. También cuando el padre ha faltado a otras obligaciones parentales que atentan contra la vida de un menor (cuotas alimentarias), puesto que las visitas también son un derecho de los hijos.

¿De qué manera puede aportar a la crianza, el cuidado, el acompañamiento o la orientación del menor mantener el régimen de visitas de un padre, cuyo comportamiento ha sido tan deplorable que se le ha privado de la patria potestad?

Los niños deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, y que es obligación de la familia, la sociedad y el Estado protegerlos y asistirlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (Const., 1991). La incompatibilidad de estos derechos de los menores es evidente, teniendo en cuenta cuáles son las causales de privación de la patria potestad. Exponer a un menor a las visitas de sus padres aun cuando estos les han maltratado, abandonado o abusado no son un buen ejemplo para ellos. No los está protegiendo ni les está asegurando, de ninguna manera, su desarrollo armónico.

Ambos mandatos son constitucionales, pero es incompatible permitir las visitas de padres que han sido privados de la patria potestad y, a la vez, pretender velar por la protección especial de los niños como sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta.

Además de limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que *permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante* [énfasis añadido], así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa (Sentencia C-237 de 2003, CConst.).

Siendo así, es necesario realizar una ponderación constitucional de las disposiciones cuyo ejercicio conjunto es incompatible.

### **Test de ponderación estricto**

Ya que los menores son concebidos por el ordenamiento jurídico como sujetos de especial protección constitucional, es necesario aplicar una prueba estricta de ponderación frente a las disposiciones que se tomen en torno a ellos. Se trata de determinar si la medida concerniente a permitir las visitas a menores, cuyos padres han sido privados de la patria potestad, es constitucional. Siempre que esta sea adecuada, necesaria y estrictamente proporcional para la protección de los deberes de crianza, cuidado personal y educación.

**Adecuación.** Para considerarse adecuada, esta medida debe tener una finalidad constitucionalmente imperiosa y debe promover y perseguir la obtención de dicho fin (Sentencia T-301 de 2004, CConst.). La medida en sí no promueve la obtención del fin constitucional. Si estas personas han tenido comportamientos que han conducido a la privación de la patria potestad, no son los sujetos más adecuados para encargarse de la crianza y el cuidado de los menores.

Por el contrario y aunque la ley colombiana no lo reconozca así, el guardador o cuidador de los menores es la persona más adecuada e idónea para encargarse de su crianza. Son quienes demostraron ser aptos para cuidar de ellos frente a la ausencia de sus padres (o solo uno de ellos) y son quienes conviven con ellos día a día.

**Necesidad.** La medida será necesaria siempre que sea imperativa para cumplir con el fin. Es decir, que no exista otra medida que alcance el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales (Sentencia T-301 de 2004, CConst.). Las visitas de los padres privados de la patria potestad a sus hijos no aseguran que con ello se logre criar, educar ni cuidar de los menores. Es muy difícil pensar que, durante la visita, suponiendo que no les hagan daño físico o emocional a los menores, los padres logren criar, educar o cuidar significativamente a los niños. Sobre todo cuando se trata de visitas de menos de 24 horas.

Además de no ser imperativa para alcanzar el fin constitucional, existen otras medidas que podrían alcanzar tal fin obteniendo mejores resultados. Sin sacrificar los principios constitucionales del interés superior del menor ni los derechos fundamentales de los niños.

Los curadores/guardadores podrían encargarse de criar, educar y cuidar de los niños a su cargo sin arriesgar con ello la integridad física y mental ni el desarrollo armónico de los menores. Por lo tanto, no se trata de una medida necesaria para alcanzar dicho fin.

**Proporcionalidad en sentido estricto.** Para determinar si la medida es proporcional en sentido estricto, es necesario analizar si esta afecta de manera desproporcionada otros valores constitucionales más relevantes que los resguardados con esta medida (Corte Constitucional, Sentencia T-301 de 2004). Efectivamente, las visitas de padres cuya patria potestad les ha sido privada afecta desproporcionadamente los valores constitucionales fundamentales. Por ejemplo, el interés superior del menor (Const., 1991, art. 13) y los derechos fundamentales de los niños (Const., 1991, art. 44).

En el ejercicio de la medida, el Estado y las autoridades competentes no están dando protección especial a los niños (Const., 1991, art. 13). La aplicación de esta medida está afectando gravemente el derecho fundamental de los niños a ser protegidos del abandono, la violencia

física o moral y el abuso sexual (Const., 1991, art. 44). Pues, se les permite a los padres que los han maltratado, abandonado o depravado seguir visitándolos y seguir siendo parte de sus vidas.

También se estaría afectando el derecho de los menores a que la familia, la sociedad y el Estado les garanticen su desarrollo armónico (Const., 1991, art. 44). Debe tenerse en cuenta el grave desequilibrio emocional y de otras índoles que les puede llegar a generar las visitas de sus padres en estas circunstancias.

Las visitas de los padres privados de la patria potestad a sus hijos son una medida inadecuada, innecesaria y desproporcionada. Debe darse prevalencia a los mandatos constitucionales que esta norma contraría (interés superior del menor y derechos fundamentales de los niños). Aunque podría haber quien considere que este examen no tiene validez porque la visita de los padres, como lo establece la Corte, es un derecho concedido a favor de los niños y no un derecho subjetivo en cabeza de los padres. Prohibir las visitas de los padres sería limitar el derecho de los menores. Sin embargo, la Corte también ha reconocido que el principio del interés superior del menor tiene la función hermenéutica de resolver incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante (Sentencia C-237 de 2003, CConst.).

Así, en virtud de este principio constitucional, sería legítima la limitación del derecho de los menores a recibir las visitas de sus padres. Dicha limitación tiene como propósito la garantía de sus derechos fundamentales a la protección contra el abandono, la violencia y el abuso. También la garantía de su desarrollo armónico e integral.

Aunque los menores tienen derecho a no ser separados de sus padres, ya lo están. La Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido que el límite a este derecho será cuando se determine que tal separación es necesaria para el interés superior del niño (Convención de los derechos del niño, 1989, res. 44/25 Doc. A/44/49). La determinación de separarlos resulta necesaria cuando el infante sea objeto de maltrato o descuido —ambas causales de privación de la patria potestad. En estos casos, sería más nocivo para los menores la visita de sus padres que la ausencia de estos.

### **Tensiones y desencuentros entre patria potestad y familias de crianza**

El problema que radica en la patria potestad es su ausencia de adaptación al concepto de familia contemporánea. La Corte Constitucional ha reconocido distintos tipos de familia y ha consagrado su protección frente al Estado. Sin embargo, ni esta corporación ni la ley han flexibilizado el concepto de patria potestad para integrarlo en el marco de las relaciones familiares actuales. Una muestra de esto es la actual dinámica que se genera entre la patria potestad y las familias de crianza. A continuación, analizaremos el estado normativo de hoy en día frente a la familia de crianza y las formas en las que la afecta la patria potestad.

La protección brindada a las familias de crianza frente a las biológicas se refiere exclusivamente a las condiciones de convivencia que ya han sido forjadas. Es decir, no las equipara en términos de derechos. No concede la figura de la patria potestad a los padres de crianza, por ejemplo. Se trata de una cesión de la prevalencia brindada a las familias biológicas, plasmada usualmente en términos de la figura de la custodia. Esto implica que, como lo establece la Corte Constitucional, la presunción en favor de la familia biológica no es desvirtuada, sino que solo cesa de operar con el fin de garantizar el interés superior del menor.

Por otra parte, existen casos en los cuales la presunción a favor de la familia biológica no es desvirtuada, sino que cesa de operar. Ello ocurre, por ejemplo, cuando un menor ha sido entregado a otra familia distinta y ha sido cuidado por esta de buena fe durante un tiempo suficiente como para que se hayan generado vínculos afectivos y de dependencia sólidos entre los miembros de tal familia y el niño, en tal grado que el menor sienta que esa es su propia familia; ya se vio cómo en estos casos, el ámbito de protección del derecho a la familia del menor involucrado se traslada hacia su familia de crianza. Esta “traslación” consiste, esencialmente, en el reconocimiento de que el interés superior del menor estará mejor satisfecho si no se perturba su proceso de desarrollo al modificar su ubicación familiar, por lo cual todos los mecanismos jurídicos de protección de la familia operan en relación con el grupo de cuidadores de hecho con los que el niño ha desarrollado lazos recíprocos de cariño y dependencia (Sentencia T-292 de 2004, CConst.).

Este tipo de reconocimiento hace parte de una serie de derechos que la jurisprudencia constitucional ha otorgado a las familias de crianza. Se han materializado en el asunto pensional, reconociendo beneficios a hijos de crianza (Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2013) como a padres de crianza (Sentencia T-495 de 1997, CConst.) y de alimentos (Auto 16969, 2017, CSJ, Sala de Casación Civil). Sin embargo, la mayoría de casos, en los cuales la Corte Constitucional ha otorgado una protección privilegiada a la familia de crianza, se caracteriza por la carencia de conflicto entre esta y la familia biológica. Bien sea porque tratan temas de coparentalidad en los que existe la presencia de un progenitor —usualmente las madres (Sentencia T-403 de 2011, CConst.)— o porque la controversia se da entorno a autoridades administrativas como el ICBF.

Lo anterior, sumado a que la protección de las familias de crianza se da en favor de una translación de derechos de la familia biológica, da cuenta de una prevalencia de la biología sobre el cuidado, que reconoce la Corte Constitucional:

El derecho constitucional de los niños a estar con una familia y no ser separados de ella, se materializa prima facie, y como consecuencia del hecho biológico del nacimiento, en el seno de la familia constituida por sus progenitores; por ello, cuando los padres sean conocidos y no estén en circunstancias que hagan prever que el niño no se desarrollará integralmente ni recibirá el amor y cuidado necesarios con ellos, el interés prevaleciente del menor es estar con ellos, salvo que en cada caso se demuestre lo contrario (Sentencia T-510 de 2003, CConst.).

La situación descrita permite mostrar cómo la falta de actualización de la patria potestad genera efectos negativos sobre una figura que ha sido reconocida múltiples veces por la Corte Constitucional como acreedora de derechos, objeto de especial protección constitucional y que ofrece a los menores una alternativa que asegura la garantía de sus derechos fundamentales. Siendo así, la falta de actualización de la patria potestad deviene en una serie de violaciones no solo para los derechos de los menores, sino que también resulta en discordancia con los modelos contemporáneos de familia.

A continuación, analizaremos las formas en las cuales las dinámicas entre la patria potestad y la familia de crianza generan vulneraciones para los niños y adolescentes colombianos.

### **¿Patria potestad en cabeza de los cuidadores de los menores de edad?**

Actualmente la patria potestad solo es otorgada a los padres del menor. Sin tener en cuenta la existencia de familias de crianza que son integradas por otras formas de organización familiar. Los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, los hermanos mayores de edad con hermanos menores a su cargo, entre otros. Mas no se reconoce la patria potestad a las personas que están a cargo del menor.

Los integrantes de una familia que no detentan la calidad de padre o madre, pero que conviven con el menor y tienen una relación estrecha con él, no pueden garantizar la protección de los derechos fundamentales de aquellos como lo harían los padres. Esto porque las familias de crianza solo ostentan —si es el caso— los derechos que devienen de la custodia, mas no aquellos propios de la patria potestad.

La custodia es una figura mucho más flexible que la patria potestad. Esta situación es la que encontramos en los casos en los cuales la Corte Constitucional ha dado prevalencia a los vínculos sociales que un menor genera con su familia de crianza. Sin embargo, la flexibilidad que permite otorgar el cuidado del menor a terceros distintos a los progenitores como una medida de protección le resta fuerza a la protección que la figura puede brindar. Los criterios jurídicos determinados por la Corte Constitucional para beneficiar a las familias de crianza por sobre las familias biológicas corresponden a las causales propias de la privación de la patria potestad.

A pesar de que las familias de crianza puedan garantizar a mayor cabalidad los derechos de los niños, podrían perder sus derechos frente a quienes tienen la patria potestad por un vínculo paterno-filial. Es decir, quienes tienen la custodia del menor pueden perderla frente al derecho prevalente de los progenitores que ostentan la patria potestad. Sin que esto implique que los padres biológicos velarán en mayor medida por la integridad y el interés superior del menor.

De esta forma, en el caso en que los terceros encargados del menor sean quienes ejercen las obligaciones derivadas de la custodia y cuidado personal del mismo, su labor y sus vínculos

de cuidado resultan desconocidos ante el vínculo sanguíneo que presentan los progenitores. Así este vínculo biológico no esté acompañado de los deberes de cuidado propios de su rol.

Para la familia de crianza, esta situación tiene efectos en la conceptualización legal de lo que significa ser padre o madre. La práctica legal que ha surgido en torno a las relaciones familiares que se desarrollan entre progenitores e hijos está basada en la prevalencia de los vínculos consanguíneos por sobre los vínculos sociales. Esto deviene en una conceptualización particular no solo de quiénes son padres, sino también de cuáles son los orígenes. En este caso del menor en cuestión y de los deberes para con él (Strathern, 2011). Es en este punto en el que surge una inconsistencia en la práctica legal. Se da prevalencia a los vínculos consanguíneos, identificándolos como el surgimiento de derecho y obligaciones para con los hijos, pero no se incentiva el cumplimiento de estos.

Con esto y mediante la desfiguración del principio del interés superior del menor, se brindan a terceros no consanguíneos obligaciones de las cuales no obtienen derechos recíprocos. Es decir, los padres no cumplen con sus deberes, pero sí mantienen en su cabeza un conjunto de derechos que les permiten influenciar la vida de sus hijos y de quienes conviven con ellos. Mientras que la familia de crianza cumple con todos sus deberes, sin ser sujetos de derechos sobre los menores que están a su cuidado.

Pese al reconocimiento planteado por la Corte Constitucional frente a los vínculos que generan las familias de crianza, el status de estas aún se ve afectado por la ausencia de la aplicación de la figura de la patria potestad. El ordenamiento jurídico colombiano sujeta el cuidado de los menores en la figura de la custodia a la figura de la patria potestad. Esto implica que, a pesar de que la Corte haya reconocido distintos tipos de familia y su protección frente al Estado, la prevalencia de los vínculos consanguíneos sigue superponiéndose a la importancia de los vínculos sociales.

Siguen siendo los padres de los menores, a menos que se haya realizado un proceso de privación de la patria potestad, los que ostentan los derechos al cuidado personal, la administración de bienes, la educación, y la crianza. Esta situación deviene de la coexistencia de una noción

rígida e inflexible de la patria potestad, que afecta la regulación de la figura de la custodia que en este momento convive con una noción amplia y plástica del concepto de familia.

### **Desfiguración del interés superior del menor**

Una hermenéutica en detrimento del menor y en pro de la inoperancia de las instituciones jurídicas. Las situaciones descritas son muestra de una aplicación desfigurada del principio del interés superior del menor, del principio de integración familiar y del derecho del menor a tener una familia. En este caso específicamente, se observa que la práctica legal que se da en torno a la patria potestad, los derechos de los padres y el principio del interés superior del menor configuran una amenaza directa y tangible hacia los menores en cuestión. La práctica legal que existe en torno a los alimentos, la familia de crianza y el régimen de visitas, materializa las tensiones que actualmente coexisten entre el concepto de la patria potestad y el de la familia contemporánea.

Los escenarios estudiados dan cuenta de una interpretación desfigurada de los principios constitucionales que hay en torno a la familia. Estos terminan por actuar en detrimento de los vínculos sociales de cuidado que puedan generarse. Todo esto perpetuando la superioridad de los vínculos biológicos por sobre los sociales y afectando la efectividad de las normas propias del ordenamiento jurídico colombiano.

El cumplimiento de las leyes ha sido el tema a desarrollar desde distintas corrientes en la filosofía del Derecho. Así encontramos a uno de los mayores exponentes del positivismo, Hans Kelsen (1960), quien conceptualizó las figuras de eficacia y validez.

De acuerdo con Kelsen, son normas eficaces aquellas que son aplicadas y obedecidas. Mas hay leyes que, pese a ser válidas por haber sido concebidas dentro de un ordenamiento jurídico que en conjunto es válido, son ineficaces. A grandes rasgos, se encuentran en desuso. “Una norma es ineficaz si, y solo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma esta no es acatada y tampoco es aplicada la sanción prescrita” (Calvo, 2007, p.174). La eficacia de una norma tiene un doble carácter: es eficaz si es acatada, por un lado, por los sujetos a quienes va dirigida y por otro, por las instituciones que deben aplicarla. No solo el acatamiento es importante, sino que la

debida aplicación también porque deben existir mecanismos que sancionen el incumplimiento de las leyes.

En la misma línea, H.L.A Hart (1998) consideró que la eficacia de una norma puede medirse por el impacto que esta tiene dentro de una sociedad. Bajo este panorama nos encontramos con la regla de reconocimiento, de forma tal que “las normas no son válidas por su contenido, sino porque han sido creadas o reconocidas de hecho por la sociedad de una manera contingente” (Fuentes-Planas, 2007, p.133). El fundamento y la legitimidad de una norma jurídica dentro de un ordenamiento depende de que ésta sea aceptada y asimilada como obligatoria por la sociedad.

Por su parte, los realistas no solo estudiaron la eficacia de las normas desde su cumplimiento por parte de los sujetos a quienes están dirigidas, sino desde la aplicación e interpretación por parte de los jueces. “Los tribunales son los que tienen la capacidad de darle la eficacia a la norma porque ellos, y solo ellos, son los que saben la situación real de la sociedad y que mediante sus sentencias adquirirían la experiencia necesaria” (Pinzón y Romero, 2016, p.72). En esta línea, de acuerdo con Ross (2005), un ordenamiento jurídico es el “conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez” (p. 61). Esta es la interpretación que los jueces hacen de las normas lo que les dan validez y legitimidad.

La Corte Constitucional no ha pasado por alto esta discusión. En Sentencia C-873 de 2003, analizó las cuestiones respecto a la existencia, validez y eficacia social de las normas dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Sobre la eficacia, esta corporación concluyó que debe entenderse tanto desde una mirada jurídica como una sociológica.

El sentido jurídico de “eficacia” hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de “eficacia” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas (Sentencia C-873, 2003).

Teniendo en cuenta lo anterior, las preguntas que se deben plantear son: ¿por qué en la práctica el cumplimiento de la Ley es reducido? ¿Hay mecanismos que garanticen su exigibilidad? Ya se ha esbozado que la eficacia de las normas depende de su aceptación y aplicabilidad en la sociedad, así como de la existencia de sanciones que penalicen su incumplimiento. No obstante, parece ser que esto no tiene cabida en la realidad. Para Pinzón y Romero (2016), hay tres factores que forman el eje angular de la ineficacia en el ordenamiento jurídico actual:

(i) La inflación normativa; proliferación de la inseguridad jurídica: la alta producción normativa impide no solo que los juristas estén al tanto de la extensión de leyes en el país, sino que los ciudadanos no puedan conocerlas y asimilarlas. Esto desemboca en inseguridad jurídica, pues al expedirse leyes de manera desmedida no hay garantía seria sobre su cumplimiento y exigibilidad. (ii) La figura de la técnica legislativa: la expedición de leyes debe estar guiada por estándares de calidad que reconozcan la relación entre el legislador y el legislado. Para los autores, lamentablemente, en el país el Congreso de la República no ha sido capaz de implementar y asimilar esto. (iii) La corrupción e impunidad que permea al país (p.75).

De acuerdo con Carbonell y Pedroza, citados por Pinzón y Romero (2004), ninguna ley puede por sí sola solucionar los complejos problemas políticos, económicos y sociales que plantea la sociedad moderna. Pero una mala ley es capaz de agravarlos considerablemente. Tener buenas leyes es tan solo un primer paso en dirección a su solución, mas se trata de un paso necesario.

Para estos autores, la corrupción en Colombia y la impunidad derivada van en demérito de los derechos de los colombianos porque, pese a existir normas, su cumplimiento se ve permeado por malas prácticas que no son sancionadas. De esto, se concluye que en el país lo consagrado en las leyes, en algunas ocasiones, no tiene alcance en las situaciones de la práctica. El legislador ha expedido normas que no tienen relación entre su literalidad y la praxis. En ocasiones, porque el texto se escapa a la realidad y su creación histórica se mantiene y, en otras, porque definitivamente la norma no tiene un alcance efectivo en las conductas que se desarrollan en las

relaciones familiares. Así lo demuestran los distintos acercamientos de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En suma, en Colombia tenemos un abanico de leyes que no ordenan ni sancionan y no han sido asimiladas por la ciudadanía. También poseemos otras normas que ordenan y sancionan en su literalidad, pero en la práctica solo llegan a lo primero porque su incumplimiento no genera realmente castigo alguno.

Con el fin de comprender la aplicabilidad de los conceptos bajo análisis, resulta pertinente realizar un somero contraste entre Colombia y las legislaciones vigentes en Cuba, Perú y España, para tener un espectro más amplio sobre su ejercicio práctico.

En Perú, en materia de derecho de familia, específicamente frente a las figuras de patria potestad y responsabilidad parental, ¿cómo se ve reflejado esto? Para Cornejo (1988), la inoperancia de algunas instituciones en materia de derecho de familia, así como lo que él llama “el divorcio entre la ley teórica y su funcionamiento real”, tiene lugar porque “para un sector mayoritario de la población del Perú, las normas del Libro 11 del Código Civil carecen de vigencia. Su vida familiar está regida por reglas ancestrales ajenas al orden legal oficial y a veces opuestas a él” (p.77). Es posible argumentar que en Colombia tiene lugar un fenómeno similar en tanto que, la patria potestad, así como su regulación, no tiene relación con la familia ni con cómo ésta es concebida en el país. Es una figura inflexible que se ha visto imposibilitada a responder a la evolución del concepto de familia.

El artículo 288 del Código Civil colombiano consagra que la patria potestad es “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”. Asimismo, la Corte Constitucional dispone que ésta “corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, es decir, solo puede ser ejercida por el padre y la madre” (Sentencia T-884 de 2011, CConst).

[La responsabilidad parental] implica una serie de obligaciones que comparten los progenitores en cuanto al cuidado y atención de sus hijos. (...) Entre los deberes que comprende el ejercicio de la patria potestad [contemplados en la figura de Responsabilidad Parental]

(...) [se encuentran] el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (Múrtula, 2016, p. 87).

En Colombia, se ha reconocido que la familia no está conformada de manera exclusiva por padre y madre, sino que ésta se constituye de formas diversas que responden a la realidad social colombiana —lo que incluye familias a cargo de personas que no son progenitores o que incluso no son familiares. Mas la patria potestad recae de manera exclusiva en los padres, lo que significa que aquellos miembros de la familia, que no tienen una relación filio-parental con los menores a su cargo, no tienen una figura que les garantice derechos y deberes suficientes para proteger a dichos menores. Paci (2016) considera que la realidad social muta de manera constante, por lo que:

Las diversas herramientas disciplinarias propuestas para su abordaje y con certeza aptas, de inmediato pierden su validez. Eso presagia que las que concienzudamente se descubran con posterioridad, con el tiempo también se tornen inútiles, como en un ciclo maldito, infinito y vano (p.13).

En este sentido, la figura de la patria potestad no se ha adaptado a los cambios de la realidad, resultando arcaica e inflexible e impidiendo que el derecho de familia sea acorde a las nuevas dinámicas sociales. Tenemos una ley incapaz de ser asimilada por las familias actuales en su totalidad. La eficacia de una norma que otorga de manera exclusiva a los padres los respectivos derechos derivados de la patria potestad, así como las obligaciones de asistencia y cuidado, es inexistente frente a las familias conformadas por miembros distintos a padre y madre. Entonces, si el objetivo de la norma es proteger a los menores de edad, en estos casos eso no es posible y parecen contrariarse los principios constitucionales al proteger los derechos de los padres por encima de los de los menores.

Dado a que la responsabilidad parental está ligada a la patria potestad, sufre del mismo problema y quienes no son padres no tienen la obligación de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los menores.

Por otro lado, en Cuba la patria potestad está regulada en el artículo 82 contenido en Capítulo II del Título II del Código de Familia. Este artículo contempla que “los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres”, ahora bien, según Velazco (2014) en Cuba se utiliza indiscriminadamente los términos ejercicio y titularidad de la patria potestad, lo que “hace difícil la tarea de precisar las facultades de cada uno de los progenitores cuando no conviven” (p. 31) pues se entiende que:

El ejercicio engloba prácticamente todo el contenido de la patria potestad, mientras que el título queda como facultad para la recuperación del ejercicio suspendido por disposición judicial, debido a los incumplimientos de los deberes paterno-filiales o por ausencia o incapacidad del progenitor. (...) [L]a titularidad de la patria potestad, es el conjunto de deberes y derechos y corresponde a ambos progenitores siempre que no la hayan perdido o la tengan suspendida; y que su ejercicio, es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos deberes derechos (Noriega, 2013, p. 379).

Ambos padres gozan de la titularidad de la patria potestad en virtud de la relación paterno-filial que tienen con sus hijos. Pero cuando no conviven, la guarda y el cuidado de los hijos, “como función propia del ejercicio” (Noriega, 2013, p. 379) de esta figura, se otorga a uno solo de los padres. Por consiguiente, la diferencia entre titularidad y ejercicio es elemental para entender de manera clara cuál es el ámbito de esta institución. Según el mismo autor, “adecuándola a los requerimientos de la sociedad actual” (p. 379). No distinguirlas ha hecho que, en la práctica, quien no tenga la custodia, desconozca las obligaciones que se derivan del ejercicio de esta.

Por mucho tiempo se ha entendido erróneamente que al no convivir con el menor no se es titular y no se debe ejercer la patria potestad. Distinto es el caso en el que se priva a uno de los padres de la patria potestad. Esto implica no solo privarlo de la titularidad, sino del ejercicio de los derechos y deberes que ésta figura contempla.

En Colombia, la norma no distingue entre titularidad y ejercicio, de manera que el mismo problema puede evidenciarse aquí y en Cuba. La titularidad de la patria potestad, y la responsa-

bilidad parental está de manera conjunta en cabeza de los padres. Sin embargo, más allá de las normas que rigen estas figuras en Colombia (Código Civil, Constitución Política y Código de la Infancia y la Adolescencia) su ejercicio no se ha conceptualizado de manera clara. Ante esta situación, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, en casos en los que la custodia está en cabeza de un solo padre, se dificulta y más aún, cuando está en cabeza de parientes o cuidadores diferentes a los padres.

Es posible argumentar que una de las causas de la inoperancia práctica de algunas instituciones es la falta de claridad respecto a las leyes que rigen ciertas materias. No solo hay una falla en la asimilación de las normas, sino en la aplicabilidad por parte de los entes encargados de hacerlas cumplir. Tampoco hay sanciones específicas que castiguen el incumplimiento, lo cual va en desmedro de los derechos de los menores. La patria potestad y la responsabilidad parental existen para que los padres puedan ejercer obligaciones y derechos en beneficio de sus hijos.

Por el contrario, en España el Código Civil consagra que la patria potestad es ejercida por quien detenta la custodia del menor. En caso de separación de los padres, no hay un régimen conjunto de esta figura. Al respecto, José M. De Prada González (1981) ha dicho:

Quando los progenitores no conviven, la regla del párrafo 5to del artículo 156 del Código Civil podría ser interpretada en el sentido de considerar que el progenitor ejerciente concentraría en sí todas las facultades y obligaciones de la patria potestad, mientras el otro progenitor titular vería reducido de contenido sus relaciones paternofiliales, lo cual no sería lo más adecuado al interés de los hijos, pues esto supondría aceptar la renunciabilidad de la patria potestad aunque fuera indirectamente al quedar rotas las relaciones de convivencia (Prada en Velazco, 2014, p. 34).

El ejercicio de la patria potestad española no se otorga de manera exclusiva en virtud del vínculo paterno-filial, sino que a quien tiene la custodia. Esto responde a que se diferencia entre titularidad y ejercicio. Aunque hay quienes argumentan que esto no garantiza los derechos de los menores, hay una renuncia indirecta de la patria potestad. En el caso colombiano, se ha eviden-

ciado que ligar la patria potestad a una relación paterno-filial no se adecúa a aquellas familias conformadas por personas distintas a padres y madres. Esto va en detrimento de los derechos de los menores.

Otra discusión que debe ser estudiada es la interpretación que los jueces han hecho de las normas que regulan las obligaciones y derechos que tienen los padres con sus hijos. La validez, legitimidad y eficacia de las leyes está sujeta a la interpretación que los tribunales hacen de ellas. Un ejemplo a de ello es la figura de las visitas, puesto que el artículo 256 del Código Civil colombiano establece que no se podrá prohibir a los padres visitar a los hijos cuyo cuidado personal se les “sacaren”. A su vez, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha dicho:

El derecho de visitas de los niños, niñas y adolescentes por su naturaleza y finalidad, es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares.

En la Sentencia T-523 de 1992, la Corte Constitucional consideró que las visitas son elementales para no desnaturalizar la relación entre padre e hijo. “Ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquélla se debe al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor”. En este caso, la custodia de dos menores estaba en cabeza del padre, quien llegó a un acuerdo con la madre respecto al régimen de tenencia, visitas y cuidado personal de sus hijos. La mujer lo demandó debido a que se incumplió el acuerdo suscrito y, por su parte, el padre argumentó que los menores se negaban a visitar a su madre. Tanto el juzgado que resolvió el caso en primera instancia como la Corte Constitucional protegieron los derechos de la accionante.

En definitiva, si se dice que las visitas son un derecho de padres e hijos y que deben regularse contemplando los intereses de ambos, ¿por qué en la práctica se privilegian los derechos de los padres? Si el menor se niega a ejercer su derecho y visitar a su padre o madre, atendiendo a su interés, no debería obligársele a hacerlo. En pocas palabras, la interpretación que los jueces han hecho de las normas que regulan el régimen de visitas ha implicado que se ignore que los

menores tienen la facultad de negarse a ejercer su derecho. Esto lo convierte, más bien, en un derecho para los padres, desconociendo que la relación paterno-filial va más allá de ver o visitar a un hijo. Si bien es importante el contacto, también es importante el tejer adecuadamente la relación con los hijos sobre una base de amor, respeto y cumplimiento de sus deberes.

Las leyes que regulan la patria potestad y la responsabilidad parental son ineficaces porque, atendiendo a Kelsen (1960), no son acatadas por los ciudadanos a quienes van dirigidas y tampoco son aplicadas por las instituciones a cargo. Esto se puede explicar por varias razones. Una de ellas es la falta de reconocimiento de la norma. Recordemos que, para H.L.A Hart (1998), una norma es eficaz en la medida en que tiene un impacto en la sociedad, al ser reconocida.

De acuerdo con Cornejo (1988), en el caso peruano, las personas regulan su vida familiar por reglas ajenas al orden legal, desconociendo normas oficiales. Esto se puede extender al contexto colombiano, pues las familias contemporáneas no pueden regirse por las normas tradicionales. Estas no son capaces de responder a su realidad. Tal es el caso de la inflexibilidad del régimen paterno-filial de la patria potestad, que limita su aplicación en familias no conformadas por padres y madres, lo que se traduce en una desprotección de los derechos de los menores.

Asimismo, esto evidencia que la ley no ha sido capaz de asimilar que la realidad muta constantemente. El legislador debe obligarse a expedir leyes que sí creen un diálogo y relación con los legislados. En términos de Von Ihering (1985), que el derecho surja de la sociedad y no la sociedad del derecho. Solo así las leyes podrán ser reconocidas. Ahora bien, un factor determinante es la interpretación que los jueces han hecho de las normas como, por ejemplo, las que regulan el régimen de visitas. Esto ha logrado que se privilegie los derechos de los padres, desconociendo, a su vez, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de los menores.

Con base en los factores que según Pinzón y Romero (2016) explican la inoperancia práctica de las leyes, podemos afirmar que las normas relativas a la patria potestad son ineficaces. La falta de técnica jurídica ha impedido un cabal entendimiento y aplicación de la norma. Esto lo podemos ver en la ausencia de claridad con respecto al ejercicio y titularidad de la patria potestad, lo que presenta serias dificultades. por ejemplo, aquellos casos en los que los padres están

separados y se entiende, de manera errónea, que el no convivir con el menor implica no tener la titularidad (ni el ejercicio) de la patria potestad. Esto resulta en una falta de rigurosidad en materia de sanciones, lo que es resultado de la cultura de impunidad que impera en el país.

No hay mecanismos efectivos que sancionen el incumplimiento de las reglas que protegen a los menores. Sin más explicación, solo basta revisar temas como el incumplimiento en el pago de las cuotas alimentarias en Colombia, los montos de fijación de cuotas alimentarias y las sanciones que supuestamente reciben los padres infractores.

Lo anterior también hace que se piense en otra causa. Una de tipo sociológico, en donde brilla la ausencia de conciencia de algunos de los padres biológicos, de su rol en la familia y la sociedad. Es una razón que va mucho más allá de lo jurídico, pero que se evidencia en nuestro conjunto social. Ha habido casos en donde ni siquiera la sanción jurídica anunciada al incumplimiento se tuvo presente en el momento de asumir la relación paterno filial.

## Capítulo V

### Aliviando las tensiones de la patria potestad

Este capítulo propone una nueva configuración de las relaciones familiares en Colombia, en donde el cuidado predomine sobre la biología. Por medio de una reinterpretación de la regulación, se materializó normativamente la preponderancia del cuidado. Se plantea un cambio de enfoque en el cual la responsabilidad parental tiene un papel principal y la patria potestad, uno accesorio. Además, en donde las relaciones paterno-filiales se basan en un derecho activo y una obligación pasiva. Solo así es posible contemplar una aproximación que adecúa la regulación jurídica de las relaciones familiares contemporáneas y deja atrás las tensiones que genera la patria potestad. En pocas palabras, la propuesta resuelve los paradigmas identificados dentro de la familia contemporánea en la relación parental y el cuidado de los hijos menores de edad.

La regulación de la relación paterno filial en Colombia estipula ciertos derechos y obligaciones tanto para padres como para hijos. La patria potestad, por ejemplo, es el conjunto de derechos de los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitarles el cumplimiento de los deberes que su calidad de padres les impone (Código Civil, 1887, art. 288). Esta comprende la representación judicial y extrajudicial y la administración y el usufructo de bienes. Como complemento de la patria potestad, la responsabilidad parental establece obligaciones de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños durante su proceso de formación (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006, art. 14).

Sin embargo, la regulación de estas dos figuras genera serias tracciones entre su implementación, la protección del interés superior del menor y la familia como núcleo esencial de la sociedad. Por esto, el presente capítulo plantea soluciones para aliviar los conflictos que estas figuras han generado en el derecho de familia en Colombia.

Lo anterior, basado en un enfoque que logre dar preponderancia al cuidado del menor sobre los vínculos biológicos que le unen a sus padres, así como para cambiar la configuración de la patria potestad y lograr que esta se ajuste al imaginario de la familia contemporánea. No solo se logrará una regulación más actualizada y coherente de la relación paterno filial en Colombia,

sino que también se evitará que esta regulación contraríe los principios constitucionales, vulnere los derechos fundamentales y desconozca el interés superior de los menores.

Si bien la patria potestad y la responsabilidad parental no son equivalentes, la ley y la jurisprudencia tienden a confundirlas entre sí, aun en su aplicación. Se evidencia que, en teoría, la responsabilidad parental es inherente únicamente a los padres, pero en la práctica, esto no se ve reflejado así. Un elemento de la responsabilidad parental es la custodia y el cuidado de los hijos, mas esta obligación se puede ceder a terceros, como sucede con los abuelos (Código Civil, 1887, art. 260) y con las familias de crianza (Corte Constitucional, Sentencia T-606 de 2013), entre otros.

Otro elemento que es presuntamente inherente a los padres son las obligaciones alimentarias, que también terminan siendo transferibles a los abuelos, a pesar de que ellos no tengan ni patria potestad ni responsabilidad parental. Así mismo sucede con el derecho de corrección que también puede ser delegado en virtud del Artículo 263 del Código Civil.

Las situaciones señaladas generan duda sobre cuán clara es la distinción entre estos conceptos. Llevan a pensar que la diferenciación genera confusiones en la teoría e incongruencias, injusticias y contradicciones en la práctica.

Frente a estas dos figuras jurídicas es posible identificar ciertos problemas, tanto en su regulación como en su aplicación. Existe en principio un problema contextual puesto que la patria potestad es una figura totalmente arcaica. Su propio nombre proviene de las palabras latinas 'pater' y 'potestas', que significan 'padre' y 'poder' respectivamente. Esto muestra la antigüedad de este concepto originario del derecho romano y la desactualización de su aplicación a la familia contemporánea. Un ejemplo del ejercicio de este poder y de la estructura de la patria potestad como se redactó se encuentra en la figura del matrimonio. Cuyo perfeccionamiento, establece el Código Civil, se necesita el consentimiento mutuo y libre de los contrayentes (Código Civil, 1887, art. 115). No obstante, la norma civil permitía que los padres prometieran en matrimonio a sus hijos y efectuar dicha unión aún cuando no existiera consentimiento de los contrayentes.

En esta misma línea, se refiere el ordenamiento actualmente al matrimonio de los menores de edad, en donde se exige el consentimiento de los padres, en virtud de su patria potestad, y

de la facultad de corrección y dirección de los mismos hacia sus hijos. Sin embargo, hay una clara contradicción porque, al perfeccionarse el matrimonio, el menor se estaría emancipando y sus padres perderían su patria potestad. Si la base del matrimonio es el consentimiento mutuo y libre de los contrayentes, ¿cuál sería el motivo de darle la potestad a los padres para su autorización? La ley les permite casarse antes de llegar a la mayoría de edad y emanciparse.

En general, esta situación sugiere que el carácter arcaico de la patria potestad hace de este un régimen de poder y autoridad, en vez de hacerlo uno de responsabilidad. Existe un problema teórico por cuanto las normas que reglamentan la patria potestad y la responsabilidad parental se encuentran dispersas<sup>3</sup> y muchas de ellas se contradicen entre sí. La dificultad en este aspecto es per se en tanto que varios Códigos regulan estas figuras. Pero la dispersión de las normas ha generado que no exista entre ellas una relación directa a nivel teórico, por lo que terminan por perder sentido y contradecirse. Es necesario que exista coherencia y concordancia de los derechos y las obligaciones paterno-filiales con los principios constitucionales. La ausencia de tal unión ha generado graves problemas en la aplicación de las normas relativas a la relación paterno filial.

Así, por ejemplo, las cuotas alimenticias de los padres tienen como propósito asegurar los medios para la subsistencia de los menores, en virtud de los principios de solidaridad social y de la familia como institución básica de la sociedad (Corte Constitucional, Sentencia C-994 de 2004). Aun así, las autoridades encargadas de fijar las cuotas de alimentos terminan por establecer cuotas por valores tan bajos que, en realidad, no logran asegurar ni aportar significativamente a la subsistencia y desarrollo económico adecuado de los niños.

Lo mismo sucede con el régimen de visitas, frente al cual, en repetidas ocasiones, la Corte Constitucional ha asegurado que pertenece a los deberes de crianza, cuidado personal y educación. No constituyen un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que son derechos concedidos a favor de los niños para asegurar su desarrollo armónico (Sentencia T-266. 2012,

---

<sup>3</sup> Las obligaciones y derechos de los padres se encuentran regulados en la Constitución Política (artículos 13, 42 y 44), el Código Civil en sus Títulos XII (artículos 250 a 267) y XIV (artículos 288 a 315), y en el Código de la Infancia y la Adolescencia (artículos 1, 14, 18, 20 y 22).

CConst.M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). No obstante, a la hora de aplicar las normas relativas a este asunto, al permitir a padres que han sido privados de la patria potestad visitar a sus hijos, no solo se está logrando que estos críen, eduquen o cuiden de los menores. Se está afectando su desarrollo armónico al imponerles la presencia de personas que, si bien son sus padres, les han abandonado o maltratado. Son depravados o han sido un mal ejemplo a seguir.

Las tensiones estudiadas y el desarrollo que se le ha brindado a la patria potestad en otros países latinoamericanos sirven como base para el planteamiento de una propuesta propia del contexto colombiano. Esta atenúa la violación de derechos que se da en torno a la patria potestad y genera una base de responsabilidad parental en nuestro ordenamiento que afecte lo cultural. Así se respetarán los derechos de los hijos menores de edad e identificará cuál es el alcance de los derechos y obligaciones de los padres biológicos y quienes tengan la voluntad de cumplir el rol de padres.

Esta investigación expone una propuesta de ordenación sistemática de la estructura de titularidad, en la atribución del ejercicio de la patria potestad. Se trata de una propuesta teórica cuyo fin es orientar un modelo interpretativo para que el legislador y la jurisprudencia unifiquen, en igualdad de condiciones, las figuras de la patria potestad y la responsabilidad parental, bajo un régimen paterno filial de responsabilidad parental que contenga derechos y obligaciones para los padres que respeten los derechos fundamentales de los hijos no emancipados y los principios constitucionales de la familia contemporánea. Esto dentro de un marco legal que garantice el cumplimiento de las obligaciones parentales y, sobre todo, que garantice el efectivo cumplimiento del principio de interés superior del menor.

En varias legislaciones se ha cambiado el régimen de patria potestad, por regímenes de “responsabilidad parental” con base en el principio de interés superior de los menores de edad y el derecho que tienen los hijos de mantener relaciones con sus dos padres, así se encuentren separados.

En Argentina mediante la Ley 23.264 en 2015, con la sanción de Código Civil y Comercial, se eliminó el sistema de patria potestad y se estableció un régimen de responsabilidad coparental igualitaria. En Brasil, en 2002, se eliminó también la institución del pátrio poder y se reemplazó

por la institución del poder familiar, de naturaleza igualitaria. En Chile, mediante la Ley 20.680, se estableció un régimen de patria potestad compartida que cumple un régimen filial dual donde la autoridad paterna se une solo a lo personal y la patria potestad se une solo a lo patrimonial.

Colombia, por su parte, sigue con el régimen de patria potestad. Tiene la responsabilidad parental de forma separada, mientras que la patria potestad con contenido personal y patrimonial en forma compartida por los padres desde el Decreto 2820 de 1974.

En el caso de Argentina, el régimen parental establece la corresponsabilidad con igualdad de condiciones para los padres sin importar que se dé la posibilidad de ser ejercida por dos hombres o dos mujeres. La autonomía de los hijos menores está basada en tres principios: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo y el derecho a ser oído. Igualmente, se otorgan deberes de responsabilidad parental a cargo del cónyuge o conviviente del progenitor titular, incluso en materia alimentaria (arts. 672-676 Código Civil y Comercial de Argentina). También se determina en el mismo ordenamiento que si los padres no conviven, los dos tienen la opción del cuidado personal del hijo. Esto mediante un cuidado compartido alturno acordado entre ellos o en caso de desacuerdo se determinará judicialmente (arts. 650,- 651).

La nueva reglamentación muestra confianza en la madurez que va adquiriendo el hijo menor de edad en tanto que disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos a medida que haya un progreso en su capacidad y madurez para tomar decisiones propias.

En Chile, el cuidado personal puede atribuirse de tres modos: convencional, legal y judicialmente. Si no se establece el cuidado personal del hijo de forma convencional, es la ley la que lo determina. A falta del acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Para que el juez asigne el cuidado personal a un progenitor distinto del determinado convencional o legalmente, ya no es necesario acreditar maltrato, descuido u otra causa calificada. En cuanto a la patria potestad, se consagra el ejercicio compartido de la misma en el artículo 244 del Código Civil y se incorpora el principio del interés superior del hijo para la determinación judicial.

Las modificaciones de la Ley N° 20.680, en los aspectos relacionados con la administración y la representación de los hijos en cuanto a que deben ejercerse de consuno por los padres, velando por el mejor bienestar de sus hijos (Art. 245 del Código Civil). La patria potestad será ejercida por el padre o madre que tenga el cuidado personal o por ambos si tienen la custodia compartida, son aportes a la nueva legislación familiar (Art. 225 del Código Civil).

Esta modificación resuelve algunos problemas del ejercicio conjunto y distingue entre actos de mera conservación (los padres actúan indistintamente) y los demás actos de disposición (actúan conjuntamente). En caso de desacuerdo, impedimento o negativa injustificada se podrá solicitar autorización judicial, pero no se sabe qué se entiende por actos de mera conservación.

Teniendo en cuenta el contexto regional que plantean los marcos normativos latinoamericanos, es posible observar una serie de cambios en torno a la regulación de las relaciones paterno-filiales. El régimen normativo colombiano debe hacer parte de este movimiento, pues su estado actual no solo se basa en normatividades decadentes, sino también en una interpretación inadecuada de la armonización entre esas normas y las más contemporáneas. Se propone modificar entendimiento del concepto y el contenido de patria potestad de la legislación en Colombia mediante la aplicación de un contenido amplio. En este, por medio de la responsabilidad parental, pueda hablarse de un régimen en el cual los padres —a causa del vínculo jurídico que tienen con sus hijos en virtud de la filiación—tengan un conjunto de facultades y deberes que tengan en cuenta el principio de interés superior del menor. Este régimen incluiría los deberes de cuidado, desarrollo y educación integral de los menores.

Al modificar la interpretación actual por una en la cual el contenido de la institución de la responsabilidad parental se entienda como principal y no subsidiario, tendría contenido pedagógico que establece el hecho de que padres que tienen unas obligaciones y unos deberes que deben cumplir. Asimismo, esta modificación superaría el origen propio de la regulación de las relaciones paterno-filiales colombianos, que entiende a los hijos como propiedades de las cuales el padre puede disponer sin cumplir con sus obligaciones.

Mizrahi (2016) indica:

Mientras la autoridad se conecta con el poder, la responsabilidad —palabra que aparece como la más adecuada— es inherente al deber. El poder, que evoca la potestad romana, pone el acento en la dependencia del niño, a la par que el deber, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar a su hijo en el camino de la autonomía (pp. 230-240).

Con la responsabilidad parental, los hijos no son objeto de protección sino sujetos de protección con derechos para lograr el desarrollo de la personalidad del menor de edad y así puedan desenvolverse en forma independiente y autónoma sin el acompañamiento de sus padres. El cambio no solo debe responder a la coparentalidad, es decir a que los dos padres tengan el derecho, en razón a que actualmente los dos padres tienen en su cabeza la patria potestad y la responsabilidad parental. No se desconoce como un avance importante el tránsito de un reconocimiento paterno a un reconocimiento parental, pero el concepto debe estar acorde con el concepto de familia contemporánea que se tiene después de la Constitución de 1991 y también con la praxis familiar en Colombia.

Para lograr la efectividad requerida de los derechos de los menores y de la familia contemporánea, es necesario dar preponderancia a los vínculos sociales sobre los vínculos biológicos. Esto con el fin de pasar de la potestas a la responsabilidad. En éste sentido, que aquellos que efectivamente cumplan con los roles de paternar —que en primera medida deberían ser los padres— tendrán el derecho de tomar decisiones sobre la vida de los menores que tienen a su cargo. Siempre y cuando las decisiones se encuentren orientadas a procurar el bienestar superior del menor. Es por lo anterior que, en relación a las familias de crianza, se propone una nueva configuración de éstas relaciones jurídicas, encaminada a la materialización normativa del cuidado sobre la biología. Bajo esta propuesta, la responsabilidad parental se privilegia sobre el concepto restrictivo de los titulares de la patria potestad, con base en el cumplimiento del principio del interés superior del menor.

La propuesta teórica desarrollada se configura como una alternativa al actual entendimiento de la relación entre la patria potestad y la responsabilidad parental. Se ofrece como una respuesta a los paradigmas y tensiones que se encontraron en la aplicación de la norma. Esta nueva relación propuesta se caracteriza por los siguientes elementos: i) la prevalencia de los roles de cuidado y afecto establecidos socialmente, no de aquellos brindados por un vínculo netamente biológico; ii) la inversión de la relación que actualmente existe entre responsabilidad parental y patria potestad, la unión de las dos instituciones y desaparición de la patria potestad como institución autónoma; y iii) el respeto y aplicación del principio del interés superior de los menores.

El marco jurídico propuesto tiene un contenido de igualdad entre la institución de la patria potestad y la responsabilidad parental. También es un concepto más amplio donde se habla de patria potestad activa y patria potestad pasiva unida al concepto de cuidado y tenencia del menor. Esta relación es tan estrecha que tiende a desaparecer el contenido de la patria potestad en razón a que está desarrollado en la práctica dentro del concepto de responsabilidad parental. Además, se pretende ponderar los vínculos de cuidado que se desarrollen con los menores y que resultan en el cumplimiento de los deberes de cuidado y crianza de estos.

Serán aquellos que efectivamente ejerzan los deberes propios del rol de padre y madre quienes ostenten los derechos para tomar decisiones que afecten al menor. Sin embargo, lo anterior no implica que los progenitores biológicos —en caso de no ser quienes ejerzan el cuidado del menor— desaparezcan del escenario de las relaciones familiares. Los mismos jugarían un rol fundamental, al mantenerse en su cabeza los deberes que les son propios como progenitores de los menores de edad.

La situación descrita anteriormente, hace necesaria la existencia de dos formas particulares de la patria potestad que devienen del ejercicio de la responsabilidad parental: i) una forma de patria potestad activa, que estaría en cabeza de quien ejerza la responsabilidad parental; ii) una forma de patria potestad pasiva, que estaría en cabeza de los progenitores que no tengan el cuidado y custodia de los menores. En consecuencia, la patria potestad activa contiene los derechos que devienen del cuidado, como las elecciones en torno a la educación y vivienda del menor, la

administración de los bienes, las representaciones judicial y extrajudicial del menor, el derecho a otorgar permisos de salida del país, entre otros.

Por su parte, la patria potestad pasiva se conformará por los deberes propios a los padres; la obligación de alimentos y —dependiendo de la razón por la cual los padres no ejercen el cuidado— un régimen de visitas. En caso de que los mismos progenitores sean quienes ejercen la responsabilidad parental, las dos modalidades de la patria potestad se encontrarán en su cabeza.

Lo reseñado, materializa el cambio que evidencia Zini (2015) en las modificaciones argentinas. Se da preponderancia a la figura de la responsabilidad parental como un ejercicio no absoluto del poder sobre los hijos. Pues, es el ejercicio del cuidado el que genera derechos y distribuye obligaciones. Esta reconfiguración invierte la relación actual que existe en Colombia entre los vínculos consanguíneos y los vínculos sociales de cuidado. Brindará equilibrio a diversas situaciones que se presentan actualmente y que tienen como fuente la preponderancia de la biología sobre el cuidado y la falta de actualización de la patria potestad.

También se verán beneficiadas las familias que se conforman por parte de uno de los progenitores y el menor. Por ejemplo, donde uno de los padres que no convive con el menor no ha dado cumplimiento a sus obligaciones de educación, crianza, ejemplo, respeto y pago alimentario. También cuando no ha cancelado sumas de dinero para el cuidado de sus hijos que no cubren ni el diez (10%) por ciento de los gastos del menor. Es decir, nos referimos a un progenitor ausente de su responsabilidad en la vida real de su hijo. En este caso, el progenitor que ejecute efectivamente el cuidado del menor tendrá derechos de decisión, mientras que el progenitor ausente verá en su cabeza una serie de deberes que devienen de su mismo rol en el proceso reproductivo.

De la misma forma, en caso de que el progenitor que no tenga la custodia y cuidado de sus hijos cumpla con sus obligaciones personales y patrimoniales para la formación adecuada y real de sus hijos. Tendrá en su cabeza también todos los derechos que por patria potestad y responsabilidad parental le concedan. Podrá intervenir en las decisiones de formación de la vida diaria de su hijo o podrá manifestarse frente a una posible salida del país.

Con este cambio, se obliga a que los padres sean más conscientes del cumplimiento de sus deberes como padres y que los hijos se descosifiquen como piedra angular para las discusiones y pleitos entre los progenitores. Quizás por problemas no resueltos en lo personal y en la pareja, donde se presentan situaciones como la oposición de salida del país sin motivo razonable o la solicitud de una rendición de cuentas frente al pago de sumas irrisorias en cuotas de manutención para los hijos.

Además, estas modificaciones armonizarán los modelos interpretativos que existen en torno al principio del interés superior del menor. Esto, ya que la figura de la responsabilidad parental da cuenta de la importancia de los vínculos de cuidado y su preponderancia en la cotidianidad. Se reflejará en los modelos de interpretación donde se pretenden ponderar derechos de los hijos, en razón al principio del interés superior por encima de situaciones posiblemente dañinas para ellos. Por ejemplo, el caso de las visitas ordenadas a padres ausentes, a padres que no han cumplido sus obligaciones. Esto abre un espacio profundo de posibilidades para que el progenitor irresponsable perjudique la estabilidad y la integridad del menor y afecte directamente la relación afectiva con el padre o familia encargados de su cuidado. A continuación, exploraremos a profundidad los elementos característicos de esta propuesta.

### **El cuidado por encima de la biología**

Parte de la falta de correspondencia entre la familia contemporánea y el régimen normativo de la patria potestad se presenta en razón a que esta última da prioridad al aspecto biológico de las relaciones familiares sobre su aspecto social. Muestra de ello es el caso —estudiado anteriormente— de las familias de crianza, o de los hijos que no se encuentran al cuidado de sus padres sino de otro tipo de personas. En estos casos, el vínculo social que crean los niños con sus cuidadores no se ve reconocido por el derecho. Quiere decir lo anterior que hay un “derecho prevalente” de los padres biológicos —que se materializa en la figura de la patria potestad— sobre las decisiones que impactan la vida de sus hijos.

En la práctica, esta situación afecta la estabilidad y el desarrollo integral del menor de edad porque no se tiene el conocimiento del día a día de sus hijos y en algunos casos, al tomar

una decisión, se desconoce el bienestar del hijo y además se cercena a los padres de crianza la posibilidad de corregir y decidir en algunos momentos que son fundamentales para el desarrollo de los niños; puede afectarse además el beneficio de algunos derechos que tienen éstos hijos como la elección de un plantel educativo o un servicio de salud, pues por el hecho de no tener el vínculo establecido legalmente con el cuidador, se sobrepone la voluntad del progenitor.

Lo anterior, resulta en una violación palpable no solo de los principios constitucionales que operan en Colombia a partir de 1991, sino también de los derechos de los niños y de la familia que el Estado se ha comprometido a proteger. Debido a esto, la propuesta presentada busca dar preponderancia a los roles sociales, las relaciones de cuidado y los lazos afectivos que configuran las relaciones familiares. Son estos factores los que efectivamente configuran las nuevas formas de familia que se han dado —y que continuarán dándose— en el contexto social colombiano. Así, dar preponderancia a estos aspectos permitirá proteger las relaciones sociales que efectivamente cumplen con los deberes que un progenitor tiene para con su hijo, y que permiten al niño el ejercicio de sus derechos a cabalidad.

La postura expresada sigue, en parte, las soluciones brindadas por el estudio de derecho comparado presentado anteriormente. Ante la disociación que presenta la patria potestad —como una serie de derechos instrumentales— y la responsabilidad parental —como una serie de obligaciones y derechos sobre los hijos— se propone dar preponderancia al rol que tienen las personas que ejercen el cuidado efectivo de los menores, de esta forma, se otorga un reconocimiento real a las familias de crianza, que bajo esta configuración tendrán los derechos de decisión propios de su rol como ejecutores de la responsabilidad parental. De acuerdo con Zini, el cambio se da de la siguiente manera:

La palabra ‘potestad’, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la ‘potestas’ del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y

deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente (Zini Haramboure, 2015, p. 347).

Si bien, inicialmente, se podría pensar que esta actualización sería netamente discursiva, cabe mencionar que la misma tuvo efectos en la conceptualización de los regímenes estudiados. Prueba de ello es el cambio en la preponderancia de derechos que se dio en Argentina, que pasó de dar prioridad a los derechos de los padres a brindar prioridad a los derechos de los menores, sin embargo, esta prevalencia de los derechos de los menores, no se dio solamente frente a sus progenitores biológicos, sino sobre los derechos de los mayores de edad en general.

Lo anterior es debido al principio del interés superior del menor, que permite la adecuada aplicación de normas locales y del derecho internacional, como la Convención de los Derechos del Niño (Magistris, 2004). Así, dar prevalencia a estos aspectos permitirá proteger las relaciones sociales que efectivamente cumplan con los deberes que un progenitor tiene para con su hijo, y que, a su vez, permitan que el niño, ejerza sus derechos a cabalidad.

De esta suerte, para que se logre una mejoría real en la regulación de las relaciones familiares, resulta necesario plantear una manera en que la preponderancia de los roles sociales, las relaciones de cuidado y los lazos afectivos que las configuran sea plasmada en el ordenamiento jurídico colombiano. La importancia de dicha implementación recae en que, como se mencionó anteriormente, es esto lo que permitirá que haya una protección efectiva de los derechos de los menores y, así mismo, una obligación exigible a los padres para cumplir los deberes que tienen para con sus hijos. Por ello, en la sección a continuación se presenta un modelo, bajo el cuál, la preponderancia de estos elementos puede plasmarse en el derecho.

### **Reconfiguración interpretativa de la patria potestad colombiana**

**La preponderancia de la responsabilidad parental y la patria potestad como instrumento accesorio.** Esta reconfiguración responde a la actual, falta de claridad en la integración entre los conceptos de patria potestad y responsabilidad parental y al no reconocimiento de derechos y obligaciones para quienes ejercen en forma activa el cuidado de los menores de edad, en las familias de crianza. Se propone i) una inversión de la relación actual entre patria potestad y la

responsabilidad parental y ii) la división del régimen de la patria potestad en un aspecto activo y en uno pasivo.

**La patria potestad como elemento accesorio a la responsabilidad parental: la materialización normativa del cuidado por encima de la biología.** La preponderancia del cuidado sobre los vínculos biológicos es esencial para superar la violación de los derechos de los niños y de la familia, los cuales actualmente caracterizan el régimen normativo de la patria potestad en Colombia. Sin embargo, esto solo puede realizarse si se invierte la relación existente entre patria potestad y responsabilidad parental.

Como fue mencionado con anterioridad en este texto, el ordenamiento jurídico colombiano relega la figura de la responsabilidad parental a accesoria a la figura de la patria potestad, que responde a las obligaciones de cuidado del menor. Sin embargo, contrario a la patria potestad y a pesar de ser accesoria a la misma, los elementos propios de la responsabilidad parental no están exclusivamente reservados para los padres. Así pues, los elementos propios de la responsabilidad parental —como el cuidado, la educación, entre otros— pueden estar en cabeza de un tercero que esté ejerciendo el cuidado efectivo de un menor.

Lo anterior, implica que un régimen de derechos y obligaciones de cuidado del menor —llamado responsabilidad parental— está sujeto a un régimen de derechos exclusivo de los padres —la patria potestad—. Esta situación perpetúa la violación de principios y derechos constitucionales anteriormente descritos, para las familias con un tipo de vínculo diferente al de la parentalidad biológica, razón por la cual se propone una inversión de las obligaciones y los derechos para los cuidadores, en una relación de crianza.

De esta manera, dando preponderancia a los vínculos de cuidado y afecto que determinan lo que es una familia, es necesario que los derechos instrumentales que constituyen la patria potestad dejen de ser exclusivos de los padres, y que dejen de considerarse accesorios al cuidado del menor. Esto implicaría que, en algunos casos, se abriría la posibilidad de que los derechos propios de la patria potestad sean concedidos solo a aquellas personas que estén ejerciendo los deberes de cuidado del menor; es decir, quienes tengan a su cargo la educación, salud, alimenta-

ción, y el apoyo emocional del menor y que mantengan con este un vínculo afectivo. Esto evitaría la configuración de algunas de las situaciones que se dan actualmente en torno al cuidado de los menores, que fundamentan los reclamos por parte de los progenitores sobre sus cuidados.

Sin embargo, la inversión de esta relación lleva consigo preguntas sobre aquellas obligaciones intrínsecas a los progenitores. Si el conjunto de derechos propios de la patria potestad se extiende a aquellos encargados del cuidado del menor, ¿lo mismo ocurre con las obligaciones como el pago de alimentos? ¿Los padres que no se encarguen del cuidado de sus hijos no tendrían ningún tipo de obligación legal con el cumplimiento de los derechos de los mismos? O, por el contrario, ¿se les están quitando todos los derechos a los padres sobre sus hijos? Para dar respuesta a estos cuestionamientos es necesario entender la patria potestad en dos sentidos, a saber, una patria potestad activa y una patria potestad pasiva.

**La nueva configuración de las relaciones jurídicas paterno-filiales en Colombia: entre un derecho activo y una obligación pasiva.** Esta propuesta busca dar preponderancia a los vínculos de cuidado y crianza de los menores, en aquellos casos en donde los progenitores, más que beneficiar a sus hijos, pueden convertirse, con o sin intención, en un perjuicio directo para ellos en razón a su inestabilidad, o su falta de permanencia con los niños, lo cual implica que aquellos que efectivamente ejerzan los deberes propios del rol de paternar, serán quienes ostenten los derechos para tomar decisiones que determinan la formación del menor de edad. Sin embargo, lo anterior no implica que los progenitores (biológicos) —en caso de no ser quienes ejerzan el cuidado del menor—desaparezcan del escenario de las relaciones familiares.

La situación descrita anteriormente hace necesaria la existencia de dos formas particulares de la patria potestad que devienen del ejercicio de la responsabilidad parental: i) una forma de patria potestad activa, que estaría en cabeza de quien ejerza la responsabilidad parental, y ii) una forma de patria potestad pasiva, que estaría en cabeza de los progenitores que no cuiden de los menores. Esto hace que las dos figuras difieran en su contenido, la patria potestad activa constará de los derechos que surgen del cuidado, como las elecciones en torno a la educación y vivienda

del menor, la administración de los bienes, la representación judicial y extrajudicial del menor, el derecho a otorgar permisos de salida del país, entre otros.

Por otro lado, la patria potestad pasiva se conformaría por los deberes propios de los padres, tales como la obligación de alimentos y —dependiendo de la razón por la cual los padres no ejercen el cuidado—un régimen de visitas. Así, cuando a los padres se les suspenda la patria potestad de sus hijos por demencia o por ausencia prolongada, o cuando se les prive de la misma por cualquiera de las causales establecidas en el Código Civil, estos no podrán ejercer su derecho de visitas.

Lo anterior, por cuanto se considera que las mismas causales que les llevan a ser suspendidos o privados de la patria potestad imposibilitan que se cumpla con el objetivo mismo de las visitas a sus hijos, que es el de mantener los vínculos afectivos y permitir a los padres, criar y cuidar de los menores. Sobra decir que, un padre con demencia, ausente, maltratador, depravado o encarcelado, no podrá mantener (aún con visitas) un vínculo afectivo de efectos positivos para el desarrollo del menor, ni mucho menos podrá aportar a su crianza y cuidado.

Ante todo, debe entenderse que la privación del ejercicio del derecho de visitas a los padres deviene como consecuencia directa de su comportamiento, no como una condición vindictiva; no debe verse como una privación o negación del derecho mismo, sino como una protección de los intereses y derechos fundamentales de los hijos no emancipados, por la presencia de una circunstancia especial que impide que el padre o ambos padres puedan contribuir positivamente con el desarrollo del menor.

En caso de que los mismos progenitores sean quienes ejercen la responsabilidad parental, las dos modalidades de la patria potestad recaerán en ellos. Esta reconfiguración se muestra en el siguiente cuadro.



Figura 4. Reconfiguración del régimen de la patria potestad, cuidado a cargo de los padres o terceros.

Con estos cambios se verían favorecidas las familias configuradas fuera de los vínculos de parentesco tradicionales, las familias de crianza y las familias que se conforman por solo uno de los progenitores y el menor. En este caso, el progenitor que ejecute efectivamente el cuidado del menor tendrá derechos de decisión, mientras que el progenitor ausente verá en su cabeza una serie de deberes que devienen de su mismo rol en el proceso reproductivo. Esto, inspirado en los cambios realizados por Argentina y Chile en su normatividad en torno a la patria potestad; cambios que acercan esta propuesta a la posibilidad de ser llevada a la realidad legislativa y a la praxis del derecho familiar.

Adicionalmente, las modificaciones armonizarían los modelos interpretativos que existen en torno al principio del interés superior del menor, pues se dará preponderancia a los vínculos sociales que aparecen en torno a ellos. Esto, ya que la figura de la responsabilidad parental da cuenta de la importancia de los vínculos de cuidado y su predominio se reflejaría en los modelos de interpretación que no podrían aducir situaciones posiblemente dañinas —como un régimen de

visitas no adecuado—para los derechos de los padres. Lo anterior, ya que los mismos solo estarían en cabeza de quienes ejerzan el cuidado de los menores.

Esto se refleja, de igual forma, en la modificación de la patria potestad y no en su desaparición, pues ahora esta figura se adapta a las diversas modalidades de familia que ha reconocido la Corte Constitucional colombiana.

Teniendo en cuenta los problemas identificados previamente respecto de la regulación de la relación paterno-filial, y la propuesta de la patria potestad activa y pasiva en el ejercicio y cumplimiento de la responsabilidad parental, se hace necesario que el legislador y la jurisprudencia unifiquen ambas instituciones bajo un régimen paterno-filial de responsabilidad parental, que contenga derechos y obligaciones para los padres, que respete los derechos fundamentales de los hijos no emancipado y los principios constitucionales de la familia contemporánea, dentro de un marco legal que garantice el cumplimiento de las obligaciones parentales.

Como primera medida, se considera pertinente la organización del régimen de la relación paterno filial dentro del Código Civil o dentro del Código de la Infancia y Adolescencia, en un Título “de la responsabilidad parental”, en donde se integre la patria potestad al concepto de responsabilidad parental, para que ambos sean unificados dentro de este último término. Se hablará de responsabilidad parental, como aquel conjunto de derechos y deberes que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados para facilitarles el cumplimiento de sus obligaciones. Dichos derechos-deberes, serán los de representación judicial y extrajudicial, administración y usufructo de bienes, visitas y alimentación, así como los de cuidado, orientación, educación, crianza y acompañamiento durante su proceso de formación.

Así pues, la pérdida de la responsabilidad parental por parte de uno de los padres la dejará en cabeza exclusiva del otro, y, en caso de que los dos padres la pierdan podrá quedar en cabeza de otro familiar como abuelos, tíos o hermanos que demuestren que desean adquirir este derecho-obligación y que estén en capacidad de asumirlo. En caso de que ninguno de los anteriores se encuentre en capacidad de adquirir este derecho-obligación, se nombrará un curador/guardador de los menores para que adquieran dicha responsabilidad, con todos los derechos y obliga-

ciones que esta implica. Es decir que, cuando se configure alguna de las causales de la pérdida de la responsabilidad parental, los padres perderían todos sus derechos sobre los menores, más no la obligación de alimentos.

Se propone que haya una diferencia entre la titularidad de la responsabilidad parental y el ejercicio de la misma. El ejemplo claro de esta distinción estará en los casos de padres están separados de cuerpos, donde uno de los padres convive con los menores o, cuando un padre convive con el menor y tiene una familia recompuesta o, en caso que ninguno de los padres conviva con sus hijos o, cuando se encuentra la custodia y el cuidado personal en cabeza de la familia extensa y la familia de crianza; Quiere decir lo anterior, que la titularidad de la responsabilidad parental inicialmente está en cabeza de los progenitores pero que no será de forma exclusiva sino que en los casos mencionados, bajo este modelo, hay aspectos que pueden ser transferidos a terceros en virtud del mismo Código Civil, como lo son los alimentos, la crianza y la educación.

Finalmente, cabe notar que los cambios propuestos asegurarían mayor armonía entre el régimen paterno-filial y los principios constitucionales, y los derechos de los niños y las obligaciones de los padres; además de proteger de manera más efectiva los principios de la familia contemporánea. Bajo un régimen unificado de responsabilidad parental, el Estado podría proteger de manera más efectiva y completa los derechos fundamentales (especialmente de los niños) y establecer normas que regulen las relaciones familiares y que, a la hora de ser aplicadas, no amenacen ni vulneren los derechos de los menores.

Más aún, este régimen permitiría que el principio de autonomía familiar beneficie, no solo a los hijos sino también a los padres, a la familia extensa, a la recompuesta y a la de crianza, de manera que estos también puedan tomar decisiones en relación a la formación de los menores y a su vez, ostentar autoridad sobre ellos, siempre en pro de su formación integral y armónica.

Con esto, en Colombia podría empezar a integrarse un concepto más plural de familia, en donde se admita la diversidad y se respete y valore en igualdad de condiciones a las familias; que la figura paterna no sean los padres, sino que sean los tíos, los abuelos, u otro tipo de familiares. Así, se puede observar que, preservar la unidad familiar y respetar el derecho de los niños a no

ser separados de su familia no siempre implica mantener a los menores cerca de sus padres a toda costa, pues esto solo termina contrariando y vulnerando principios y derechos fundamentales de los niños. Implicaría asegurar a los menores, la armonía familiar, rodeándolos de personas que les puedan dar afecto y que les aseguren estabilidad económica y emocional, y protección durante su proceso de formación.

Esta transformación permitiría el paso de un régimen paterno-filial de poder y autoridad de los padres sobre sus hijos, en el cual parece estar desfigurado el interés superior del menor y en el que se le otorga más importancia al padre en demérito de sus hijos, hacia un régimen de responsabilidad que proteja, ante todo, la integridad y los derechos de los menores como sujetos de especial protección constitucional.

A continuación, las gráficas que muestran la comparación entre la estructura del régimen anterior y la del régimen propuesto.

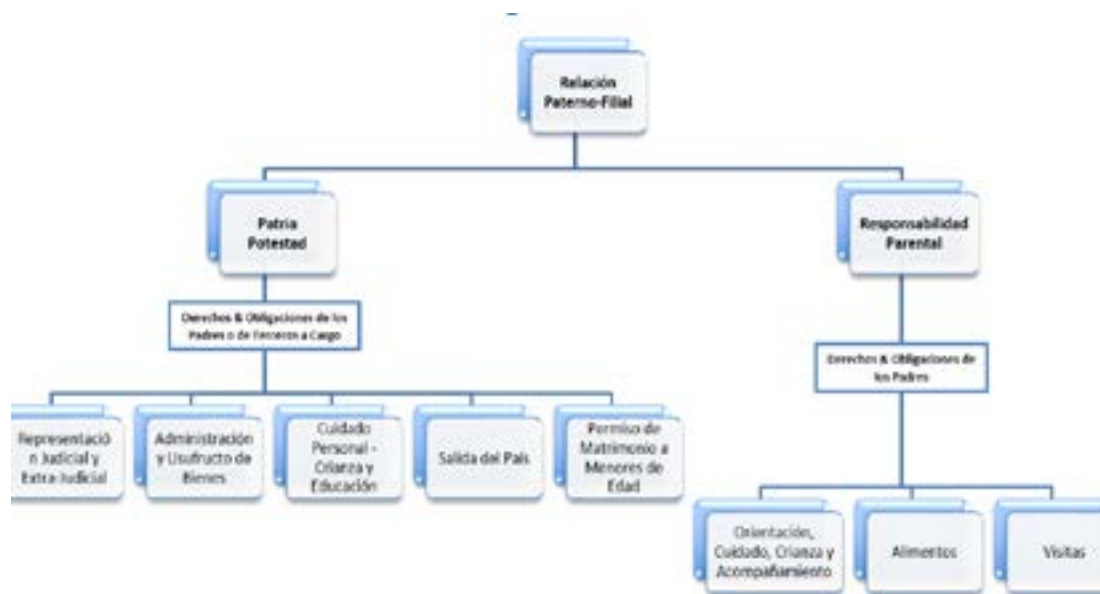


Figura 5. Estructura del régimen actual de la relación paterno-filial en Colombia.

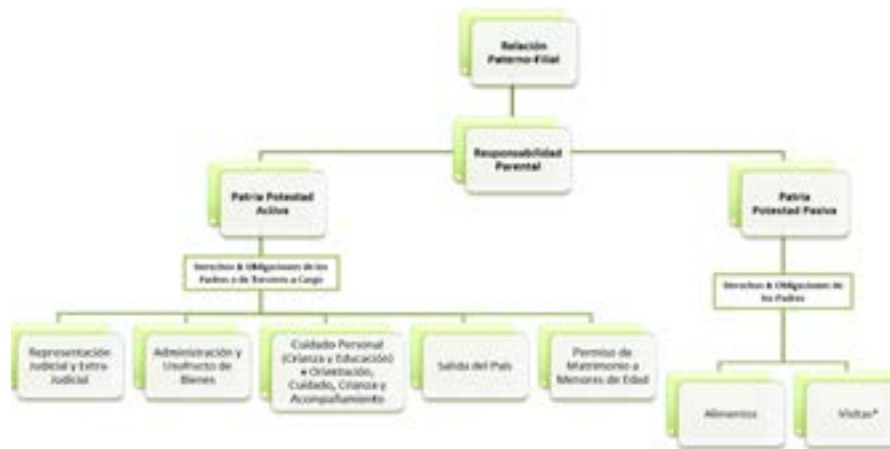


Figura 6. Estructura del régimen propuesto para la relación paterno-filial en Colombia.

El bloque propuesto para los cambios de la legislación actual solo desarrolla algunos puntos que se presentan al hablar de patria potestad y responsabilidad parental. Sin embargo, son muchos los cuestionamientos que plantean los contenidos de estas instituciones aterrizadas en el campo de la praxis jurídica. Seguramente, se mejorarán cuando se realice el ajuste de las mismas en la legislación nacional. Cuestionamientos que fácilmente pueden dar lugar a otras investigaciones, entre los cuales se destacan:

- ¿Es necesaria la actualización de las causales de suspensión, privación y terminación de la patria potestad?
- Una causal como el abandono, ¿sería conveniente delimitarla? o ¿sería conveniente pensar que el no visitar a los hijos y el deseo de no tener ninguna relación con sus hijos, dejara de ser una obligación moral y se convirtiera en una obligación legal y pudiera configurar un abandono, así se cumpla con la obligación alimentaria?
- ¿El matrimonio, la unión marital de hecho o la simple convivencia, del menor de edad, con otra persona, daría término a la patria potestad? ¿Qué pasaría en los casos de la maternidad o paternidad del hijo menor de edad?
- Y por último, ¿qué tal si revisamos el concepto de la incapacidad relativa como causal de suspensión o de terminación de la patria potestad?

## Conclusiones

La investigación presentó los nuevos paradigmas de la patria potestad, a partir de la responsabilidad parental en el derecho de familia propio de la Constitución de 1991. Se abordaron dos problemas principales: primero, la práctica jurídica actual no es coherente con los derechos de los menores de edad y los principios constitucionales de la familia; segundo, el ordenamiento civil e infantil colombiano de la patria potestad y la responsabilidad parental invisibiliza los derechos de las familias no tradicionales.

El modelo de familia constitucional promueve una idea de la familia contemporánea. Una nueva forma de organización social basada en los vínculos de cuidado y afecto que se dan entre seres humanos y que actúan como fundamento para el núcleo de la sociedad actual. Al hablar de familia contemporánea, no se hace referencia a un modelo o tipo específico, sino a los principios que cualquier tipo de organización familiar cumple a partir de 1991.

Entre los nuevos paradigmas de la patria potestad, se encontraron tres: el replanteamiento de su concepto y contenido, el cambio de la titularidad de los derechos de la patria potestad y la necesidad de unificar la patria potestad y responsabilidad parental. Primero, el replanteamiento del concepto y contenido de patria potestad desconoce el origen de la institución. No entiende la concepción de los derechos propios de la patria potestad dentro de las relaciones familiares contemporáneas. Segundo, el cambio de la titularidad de los derechos de la patria potestad elimina la práctica nociva de mantener a los padres indemnes, a pesar del incumplimiento de sus deberes. Se privilegia el cuidado sobre la biología y se reconocen los derechos de los sujetos que den cuenta efectiva del bienestar de los menores. Tercero, la necesidad de hablar de la patria potestad y responsabilidad parental de forma conjunta y unificada. No como figuras diferenciadas.

La investigación abordó el origen histórico, legislativo y jurisprudencial de las instituciones mencionadas, así como el contenido del concepto de familia contemporánea y la realidad social familiar. Esto para determinar si realmente se otorga la protección que se pretende. Además, se identificó la correspondencia entre la autoridad parental y la responsabilidad parental, con el enfoque del nuevo derecho de familia.

El nuevo modelo de familia reconocido por la interpretación actual de la Constitución (familia contemporánea) ha generado una serie de fricciones en las instituciones jurídicas que fueron adoptados durante el siglo XIX. Por ejemplo, la figura de la patria potestad evidencia una fuerte resistencia frente a las nuevas formas de familia, a pesar de verse sometida a diversas modificaciones durante el siglo XX. Sin embargo, el caso de la patria potestad no es simplemente un fenómeno de desactualización de una institución frente un nuevo estado del ordenamiento jurídico. La patria potestad es una muestra de las formas en las que los nuevos principios del ordenamiento jurídico chocan con ideales sociales. Ideales que fueron expresados en el derecho y que, aún hoy, se mantienen en discusión.

El caso de la patria potestad da cuenta de la diversidad de esas creencias. Los roles que deben ocupar los padres en los procesos formativos de los menores, la idea misma de ser reconocidos como sujetos de derecho y su nivel de autonomía e incluso el rol de otros actores en relación con los menores. Esto surge porque las discusiones en torno a la patria potestad han girado alrededor de los límites y alcances de esta, mas no en cabeza de quien reside su titularidad. La efectividad de la patria potestad no se ha cuestionado, lo cual hace improbables los pronunciamientos judiciales para ampliar su concepto. No se podría así armonizar con la definición de familia contemporánea.

El marco constitucional y los procesos de constitucionalización del derecho han mediado para que el ordenamiento jurídico por fin reconozca la validez social de formas no ortodoxas de familia. El nuevo desarrollo normativo incluye la aprobación de las parejas homosexuales como familia. La familia no es una institución social basada en la reproducción, sino en el cuidado. Así que pueden conformarse entre personas que no comparten lazos consanguíneos o jurídicos, tales como las familias de crianza.

La Corte Constitucional también ha desarrollado el concepto de familia contemporánea, incluyendo las familias nucleares, extendidas, monoparentales, homoparentales, entre otras. Esto refleja el profundo interés del máximo intérprete de la Constitución Política de incluir un carácter

igualitario, proteccionista y diverso en todo su desarrollo jurisprudencial. Así el derecho se acerca a la sociedad y responde a las necesidades que ella tiene frente a las instituciones jurídicas.

Dicha congruencia se evidencia al estudiar el carácter funcional de la familia en el ordenamiento jurídico colombiano. El concepto de patria potestad en el Código Civil (artículo 288) ha sufrido una gran transformación durante el desarrollo de la jurisprudencia. Es palpable la amalgama de deberes y derechos que involucran la patria potestad y la responsabilidad parental dentro del contexto de la familia contemporánea. No obstante, el cambio no es suficiente.

En sentido estricto, la noción de patria potestad para la legislación se enfoca en las facultades de administración, usufructo y representación de las que gozan los padres. Estas pueden ser consideradas plenamente derechos. En cambio, la Corte Constitucional maneja un sentido más garantista y focalizado hacia los menores de edad y la protección de sus derechos. Mientras que la Corte Suprema tiene tintes más conservadores en la interpretación del contenido de la patria potestad. Esta no constituye un poder absoluto y discrecional de los padres sobre sus hijos, sino un vínculo jurídico para ejercer los derechos y cumplir los deberes como padres con la protección de las garantías fundamentales. Aunque diferentes interpretaciones existentes, las normas de la patria potestad han sido adaptadas y reinterpretadas para encajar en nuestro Estado social de Derecho. Esto permite una lectura constitucional de sus facetas, mientras conservan su tenor.

Las reinterpretaciones tienen cabida perfecta en la responsabilidad parental, pero no en la patria potestad. Se presenta una dicotomía en su interpretación, desatando la confusión entre la aplicación y exigencia del cumplimiento del derecho. Esto se evidencia, por ejemplo, en situaciones de la cotidianidad familiar en donde se alega a conveniencia el ejercicio de la patria potestad con base en la titularidad parental. Pero se incumplen obligaciones que son extensión de la responsabilidad parental, en razón al ejercicio de la titularidad del cuidado y custodia del hijo menor de edad.

Al entender que la institución jurídica familiar tiene la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, será posible considerar la familia como el instru-

mento ideal para la materialización de los fines de la responsabilidad parental. Esto también en la medida en que su objetivo final es velar por el bienestar emocional y material de los menores.

En ciertos casos, esta no tiene un alcance efectivo que permita el cumplimiento de la literalidad y a su vez la protección de los derechos de los niños y adolescentes. Las tracciones identificadas debilitan la protección de los derechos de los menores de edad y el interés primordial de estos sobre los demás. También dan lugar a que los padres incumplan con las obligaciones que tienen para con sus hijos y vulneren o pongan en riesgo sus condiciones de vida.

Se concluye, entonces, que es necesario un bloque normativo donde esté claro el contenido de la patria potestad y el de la responsabilidad parental. Hacer de la patria potestad una herramienta para la responsabilidad parental. Pues, nacen las obligaciones personales que constituyen derechos fundamentales para los menores y, como corolario, devienen los derechos inherentes de la patria potestad.

La propuesta de este bloque pretende establecer, en la praxis jurídica, un reconocimiento material de los principios rectores que deben seguir las actuaciones de los progenitores. Esto para cumplir con la responsabilidad parental descrita por la norma sustancial y por la interpretación jurisprudencial de la patria potestad.

Así el Estado cumplirá con su obligación de otorgar protección a la familia como institución básica de la sociedad. Se restablecerán los derechos fundamentales de la familia contemporánea reconocidos por la Constitución, garantizando que el contenido de las normas sustantivas del Código Civil y del Código de la Infancia y Adolescencia tengan una eficacia instrumental. Esto permitirá que el objeto de la norma pueda ser cumplido, o sea la protección de los menores.

Por eso, la responsabilidad paterna debe centrarse en la función de cuidado, atención y protección de los hijos, la cual debe ser compartida en términos de igualdad. Debe ser reglamentada no solo para los padres, sino que debería extenderse a otros familiares tal como se ha planteado en otras legislaciones. Esto conllevaría a una corresponsabilidad parental.

En la coexistencia de la patria potestad, la responsabilidad parental y los principios constitucionales actuales, se materializan tensiones referidas que moldean las prácticas propias del

derecho de familia y ponen en duda su congruencia con el ordenamiento jurídico en general. Las instituciones jurídicas dejan de cumplir su cometido y contrarían las normas supremas del ordenamiento jurídico. Esto conlleva al cuestionamiento de la eficacia de las normas y a considerar la posibilidad de modificarlas para que se ajusten a la realidad social de su contexto.

La aplicación del principio de interés superior del menor es problemático, diverso y mutable. Esto da cuenta de las múltiples perspectivas y prácticas que desarmonizan el derecho de familia colombiano. La situación jurídica de los niños y adolescentes desmejora, brindando una excesiva capacidad de decisión y control a padres que no han cumplido con los deberes. Al hacer una lectura de la realidad actual, se evidenció que los vínculos consanguíneos y los derechos y deberes inherentes a los padres son más valiosos que la práctica adecuada del cuidado y los derechos fundamentales de los niños.

La investigación dio como resultado una propuesta teórica de reconfiguración de la patria potestad, en donde se articulan las normas estudiadas con el enfoque constitucional actual sobre el núcleo de la sociedad. La propuesta, evolucionar de patria potestad a responsabilidad parental, está acorde con los nuevos paradigmas de la familia contemporánea reconocidos por las altas Cortes colombianas. Además, está fundamentada en la igualdad y la prevalencia e interés superior de los menores de edad. El diagnóstico y la propuesta son un aporte a la academia y al derecho porque la responsabilidad parental debe evolucionar a la par con la familia.

Se descubrió también que la responsabilidad parental no es un campo inexplorado en otros países de América Latina. Pues, se han realizado modificaciones en el tema, superando la sombra, la independencia y lo instrumental de la patria potestad como la conocemos. Esto contrasta con el enfoque de un espacio yermo y abandonado que se han presentado en Colombia.

En el trabajo de grado, se desarrolló un régimen que inicialmente está en cabeza exclusiva de los padres biológicos cuando respetan los intereses de sus hijos y logran anteponer el bienestar de los menores de edad sobre sus dificultades personales. El régimen no desconoce los derechos de los padres para facilitar su responsabilidad de educación, formación y crianza de sus descendientes. Sino que se hace un reconocimiento a aquellos que cumplan en la práctica esta

responsabilidad, como es el caso de las familias extensas, las familias de crianza y las parejas de los padres biológicos. Los límites tienen doble cara: una, la protección de los derechos de los padres, asegurando el cumplimiento de sus obligaciones; y dos, el cumplimiento de los deberes de quienes conviven con el menor y tienen la titularidad “real” de la patria potestad y el desarrollo de la responsabilidad parental, a pesar de no ser padres. Lo anterior se traduce en la superación del concepto romano básico y elemental de la patria potestad, así como en la claridad diferencial entre el contenido de la patria potestad y de la responsabilidad parental.

La modificación de la familia, como organización sistemática, se hizo con la intención de proteger la integridad del menor de edad, especialmente cuando los padres viven separados. Se diferenció entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. Se reorganizaron los contenidos actuales de la relación paterno filial con la visión de una institución específica y determinada en el derecho como lo es la responsabilidad parental. Esto para que tenga el alcance real de proteger el interés del menor de edad en el ejercicio práctico de la parentalidad.

Tras análisis de la noción de patria potestad, fue inevitable reconocer que no se puede desligar de la responsabilidad parental. La una abraza a la otra. Al hablar de sus derechos inherentes, puede plantearse su traslado a la responsabilidad parental sin dificultad alguna. Siempre que la patria potestad se enfoque en las responsabilidades morales de los padres con los hijos. También en los deberes de cuidado y crianza durante la formación del menor, dentro de límites racionales y proporcionales que garanticen la satisfacción de sus derechos.

El bloque de cambio sugerido, básicamente, hace un tránsito de la autoridad parental a la responsabilidad parental. Es una propuesta teórica como modelo interpretativo de unificación entre el legislador y la jurisprudencia de las instituciones investigadas. Mas no significa que el bloque presentado no se piense como base e insumo para una reestructuración de la norma civil.

## Anexos

### Fichas análisis jurisprudencial

Ejemplos de fichas elaboradas en el análisis jurisprudencial del concepto de familia contemporánea y de patria potestad.

#### Formato de Jurisprudencia

<b>Corporación</b>	Corte Constitucional - Sala Plena
<b>Número de radicación</b>	C-577 de 2011
<b>Fecha</b>	veintiséis (26) de julio de dos mil once (2011)
<b>Magistrado ponente</b>	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
<b>Asunto</b>	Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009
<b>Tema general</b>	Matrimonio civil
<b>Subtema</b>	Matrimonio civil entre parejas del mismo sexo

**Hechos de la sentencia.** El señor Carlos Andrés Echeverry Restrepo se dirige en contra de las expresiones “un hombre y una mujer” y “de procrear”, contenidas en el artículo 113 del Código Civil, por considerarlas contrarias al preámbulo y a los artículos 1, 2, 4, 12, 13, 16, 42, 43 y 93 de la Constitución.

El demandante arguye que la noción de familia y matrimonio dispuestas en el artículo 42 de la Constitución permite establecer varias formas de integrar estas instituciones, pues la familia puede ser constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Así mismo, defiende que nada impide en nuestro ordenamiento que el vínculo familiar pueda obtenerse de la relación entre personas del mismo sexo, pues “la Constitución no utilizó el vocablo “entre”, dando pie al matrimonio entre personas homosexuales, pues bien, el matrimonio puede darse desde la decisión libre de un hombre de unirse a otro hombre o de una mujer de unirse a otra mujer. Sostiene que la definición del artículo 13 del Código Civil va en contra de los preceptos constitucionales, ya que limita la unión marital a las parejas heterosexuales, y consagra la procreación como la finalidad del matrimonio.

Entonces, asevera que no existe un fundamento constitucionalmente relevante que sustente la exclusión del matrimonio para las parejas homosexuales, que esta situación vulnera el artículo 43 constitucional y que crea un contexto discriminatorio que impide al Estado cumplir las finalidades consistentes en garantizar la efectividad de los principios y derechos propios de un estado democrático.

Del mismo modo, Marcela Sánchez Buitrago & otros dirigen la demanda en contra de las mismas expresiones del artículo 113 del Código Civil argumentando que la procreación como finalidad del matrimonio es un atentado contra la autonomía reproductiva, la intimidad familiar y el libre desarrollo de la personalidad de los contrayentes, además, que la capacidad de procrear no constituye una condición para celebrar el matrimonio, ni para su validez. También, argumentan que restringir el matrimonio a las parejas heterosexuales desconoce el precedente en materia de personas homosexuales y genera un trato desigual, fomentando la discriminación. De igual forma, los demandantes afirman que debe hacerse una interpretación amplia del artículo 42 constitucional en la medida en que una interpretación restrictiva implica la vulneración de derechos fundamentales de las personas homosexuales reconocidos en los artículos 1º, 13, 14 y 16 de la Carta. Igualmente, señalan que la condición del artículo 113 del Código Civil genera trato desigual a las personas homosexuales y crea desprotección de estas, causando desconocimiento de los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la personalidad jurídica.

**Problema jurídico.** ¿Las parejas del mismo sexo constituyen una forma de familia acorde con los mandatos de la Constitución Política? ¿Pueden las parejas del mismo sexo contraer matrimonio civil a la luz del orden jurídico superior?

**Consideraciones de la Corte.** 1. “La Corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la

segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges”

2. “La protección a las parejas del mismo sexo principalmente se brinda a partir de beneficios específicos previamente reconocidos en la ley a las parejas heterosexuales vinculadas en razón de la denominada unión marital de hecho y que esta tendencia general se mantiene cuando los titulares originales del beneficio o prestación son los cónyuges, pues inicialmente se extiende el ámbito de los favorecidos para incluir a la pareja que conforma la unión de hecho y, sobre esa base, se produce una extensión posterior que cubre a las parejas homosexuales, por hallarse en situación que la Corte juzga asimilable”.

3. “El reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado. En efecto, la expresa alusión al matrimonio heterosexual y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comportan una orden que, de manera perentoria, excluya la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 superior no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales y por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia con mayores compromisos que la originada en la simple unión de hecho. Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisividad implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica”.

4. “Al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales, aunque sí le compete determinar si el legislador ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, si la desprotección del grupo excede los márgenes admisibles y si la menor protección obedece a una discriminación prohibida (...) la Corte no puede proceder a realizar una igualación partiendo de máximos, como los involucrados en instituciones tales como el matrimonio o la que se prevea para los homosexuales que, se repite, comportan el establecimiento de regímenes que involucran muy diversas y abundantes materias que compete al legislador desarrollar”.

**Decisión/Subregla.** PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil.

SEGUNDO. - Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.

TERCERO. - Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.

CUARTO. - EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

QUINTO. - Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

**Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia.** Código civil: art. 113; Constitución Política: arts. 14, 16, 42, 45; Ley 294 de 1996: art. 2; Ley 1361 de 2009: art. 2.

**Precedentes citados en la sentencia.** Corte Constitucional: C-660 de 2000, C-289 de 2000, C-814 de 2001, C-271 de 2003, T-292 de 2004, C-875 de 2005, Sentencia C-075 de 2007, Sentencia C-811 de 2007, Sentencia C- 336 de 2008, Sentencia C-798 de 2008, Sentencia C-029 de 2009, Sentencia C-283 de 2011, Sentencia C-886 de 2011.

**Observaciones. *Salvamento parcial de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa.*** “No comparto la solución por la que optó la Sala Plena de la Corte Constitucional, pues considero que el remedio elegido para solucionar el déficit de protección constitucional no es el que mejor ponderaba los diferentes intereses constitucionales en tensión y, sobre todo, porque mantiene el riesgo que se pretendía evitar. La Corte eligió como remedio para superar el déficit de protección de las parejas de personas del mismo sexo, como estrategia principal la de dejar en manos del Congreso de la República la regulación de aspectos en los que la Constitución reconoce reserva democrática, como lo es el caso de la familia; y como estrategia subsidiaria la de facultar a jueces y notarios para llenar temporalmente el vacío de protección, sin mayor guía e indicación. La Corte ha podido optar por una solución que redujera el grado de incertidumbre de los operadores jurídicos llamados a suplir el déficit de protección legal a las parejas de personas del mismo sexo existente (notarios y jueces concretamente), por vía de aplicación analógica del orden legal y constitucional vigente y, a la vez, propiciara en mayor grado que la deliberación parlamentaria efectivamente se llevara a cabo y llegara a término”

***Aclaración de voto del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*** “Con fundamento en los anteriores criterios se concluía que ‘la voluntad de conformar una familia es una vía distinta a la que ofrece el matrimonio reservado a las parejas heterosexuales’ y que ‘la literalidad del artículo 42 superior se opone a que la familia homosexual sea reconducida al matrimonio para que tenga en el su fuente de constitución, tal como la tiene la pareja heterosexual’”.

***Aclaración de voto de los Magistrados María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio P y Luis Ernesto Vargas Silva.*** 1. “No compartimos algunas de las razones que se presentan como justificación de la decisión adoptada, ni los términos en que son expuestas, pues a nuestro juicio, el texto de la sentencia sobre la constitucionalidad de la nor-

ma que establece el matrimonio como una institución para parejas de personas de sexo distinto, introduce criterios y conceptos extrajurídicos al análisis de la demanda que no han debido tenerse en cuenta, contempla argumentos y distinciones que en sí mismas son discriminatorias”

2. “Si bien la restricción a la que hace referencia el artículo 113 del Código Civil afecta primordialmente a las personas consideradas homosexuales que quieren contraer matrimonio con una persona de su mismo sexo, lo que es correcto, no lo es pensar que solo afecta a tal grupo de personas. Limitar la acción de la restricción de la norma a las ‘personas homosexuales’, implica desconocer el impacto que la norma acusada tiene sobre las parejas, según el sexo que tengan, independientemente de cuál sea su orientación sexual o su identidad de género”.

### Formato de Jurisprudencia

<b>Corporación</b>	Corte Constitucional
<b>Número de radicación</b>	C-875/05
<b>Fecha</b>	Veintitrés (23) de agosto de dos mil cinco (2005)
<b>Magistrado ponente</b>	Dr. Rodrigo Escobar Gil
<b>Gaceta Judicial o base de datos</b>	<a href="http://www.lexbasecolombia.com/lexbase/jurisprudencia">www.lexbasecolombia.com/lexbase/jurisprudencia</a>
<b>Demandante</b>	Jhon Alirio Pinzón P.
<b>Demandado</b>	Artículos 8vo, 108 numeral 1ro, 238 y 387 parciales del Decreto 624 de 1989, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 6ª de 1992.
<b>Tema general</b>	Régimen Matrimonial y de Unión Marital de Hecho en Colombia
<b>Subtema</b>	Los vínculos jurídicos y de hecho (el matrimonio y la unión marital de hecho).

**Hechos de la sentencia.** El ciudadano Jhon Alirio Pinzón, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó la inexequibilidad de los artículos 8vo, 108avo numeral 1ro, 238avo y 387avo parciales del Decreto 624 de 1989, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 6ª de 1992.

En relación con el artículo 8º del Estatuto Tributario, referente a los sujetos responsables del impuesto sobre la renta y complementarios, la demanda hace énfasis en que la norma acusada no regula la forma cómo deben tributar los compañeros permanentes, dejando un vacío normativo constitutivo de discriminación frente a la reglamentación prevista para los cónyuges.

La citada disposición desconoce el contenido normativo del principio constitucional de igualdad familiar, por omitir la aplicación de dicha deducción especial frente a los salarios y prestaciones pagadas a los compañeros permanentes, puestos en las mismas condiciones anteriormente descritas, ya que la norma limita su alcance normativo a los cónyuges.

Alega que el artículo 387 del Estatuto Tributario, desconoce de igual manera el principio constitucional de igualdad familiar, por omitir a los compañeros permanentes y tan solo hacer referencia a los cónyuges, en cuanto a la posibilidad de disminuir la base de retención en la fuente a través de pagos efectuados por medicina prepagada, seguros de salud o educación superior.

Existe en las normas acusadas una vulneración manifiesta del derecho a la igualdad, puesto que prevén un trato diferente a una situación fáctica semejante. Los preceptos legales demandados desconocen lo previsto en el artículo 13 Superior, al otorgar un tratamiento disímil a los compañeros permanentes en relación con los cónyuges, pues los primeros sin razón válida son excluidos de la aplicación de las normas demandadas que consagran beneficios en materia del impuesto sobre la renta y complementarios y la retención en la fuente.

**Problema jurídico.** ¿El legislador en las disposiciones acusadas al referirse exclusivamente a los cónyuges y a las familias instituidas a partir del vínculo matrimonial, con la finalidad de otorgar determinados beneficios tributarios, desconoció el principio constitucional de igualdad, al no otorgar el mismo tratamiento fiscal a las familias originadas en vínculos naturales, pese a que la Constitución prohíbe el establecimiento de un trato diferenciado entre ellas?

¿La falta de regulación en materia fiscal respecto de las uniones maritales de hecho genera un vacío normativo significativo constitutivo de discriminación frente a la reglamentación prevista para los cónyuges?

**Consideraciones de la Corte.** Los artículos 5to y 42 de la Constitución Política reconocen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad e institución primigenia del Estado. En virtud de dicho reconocimiento, el Texto Superior le confiere a la familia una protección especial e integral, sin tener en cuenta el origen o la forma que aquélla adopte, como respuesta a los

distintos intereses personales a través de los cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas.

La institución familiar ha sido concebida por el Constituyente de 1991, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones (Constitución Política Artículos 16, 42 y 44), pues su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que, según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia.

En sentencia T-523 de 1992 la Corte fue enfática en sostener que el Constituyente, acorde con la idea de un Estado que reconoce la diversidad ideológica y cultural, no le otorga ningún privilegio a un tipo específico de familia, por el contrario, a partir de la admisión de la variedad de vínculos que pueden originarla, exige para las mismas una aplicación concreta del principio de igualdad, consistente en el deber estatal de conferirles un mismo tratamiento, sin importar la forma que dio inicio a su constitución. Precisamente, el Artículo 13 Superior reconoce dicha igualdad de trato, en términos de que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

La igualdad de trato que el Texto Superior pregona en cuanto a los orígenes de la familia, se limita al conjunto de derechos, cargas, deberes y obligaciones que se establecen por el legislador entre los miembros de la relación familiar, y entre éstos frente a la sociedad y al Estado, que no sean susceptibles de admitir un tratamiento diferenciado a partir de la existencia de una justificación objetiva, proporcional y razonable, que le confiera legitimidad a la desigualdad prevista en la Ley. Por lo que el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos, cargas, deberes y obligaciones de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente. Sin embargo, como previamente se expuso, esta regla jurisprudencial no debe entenderse, como una absoluta equiparación o equivalencia entre el

matrimonio y la unión marital de hecho, pues existen en su formación diferencias irreconciliables que objetiva y razonablemente permiten conferir un tratamiento desigual.

En las disposiciones acusadas existe una omisión legislativa relativa, ya que la actuación del legislador fue incompleta o imperfecta, al dejar de regular a favor de los compañeros permanentes, supuestos de hecho idénticos a los previstos en las normas acusadas para los cónyuges.

Si bien el legislador en materia tributaria tiene una amplia libertad de configuración normativa, no puede en desarrollo de dicha potestad desconocer parámetros imperativos establecidos en la Constitución, como lo es el referente a la protección del contenido normativo del principio constitucional de igualdad familiar. En esta medida, la Corte ha señalado que el legislador no puede consagrar un trato diferenciado entre los cónyuges y los compañeros permanentes, por el simple origen de su relación familiar.

En la medida en que las normas demandadas no buscan una finalidad constitucional plausible que resulte importante e imperiosa para legitimar la distinción de trato en ellas previstas, pues lo único que resulta comprobable es que dicho tratamiento diferencial se sustenta exclusivamente en la existencia de un vínculo conyugal que le sirve de génesis a la familia; es indiscutible para esta Corporación que las disposiciones acusadas incurren en una diferencia de trato que, al carecer de un fundamento constitucional objetivo y razonable, lesionan el contenido normativo del principio constitucional de igualdad familiar.

***Decisión/Subregla.*** Declarar exequibles los Artículos 8vo, 108 numeral 1ro, 238 y 387 parciales del Decreto 624 de 1989, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 6ª de 1992 en el entendido que dichos preceptos legales deben ser igualmente aplicables respecto de los compañeros o compañeras permanentes.

***Subregla.*** Las disposiciones de los Arts. 8vo, 108 numeral 1ro, 238 y 387 parciales del Decreto 624 de 1989 vulneran flagrantemente los Artículos 13 y 42 de la Constitución Política, que ordenan al legislador conferir un mismo trato a la familia, independientemente de que su constitución se formalice a través de vínculos naturales o jurídicos, pues les niega a los compañeros permanentes el acceso a los beneficios o privilegios que se otorgan a los cónyuges en las

normas tributarias demandadas, sin que exista una justificación objetiva y razonable que le sirva de soporte a dicha distinción.

**Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia.** Artículos 8vo, 108 numeral 1ro, 238 y 387 parciales del Decreto 624 de 1989. Artículos 1ro, 5to, 13, 42, 150 numeral 12, 113, 122, 338 y 363 de la Constitución Política. Artículo 2do de la Ley 154 de 1990. Artículo 115 del Código Civil.

**Precedentes citados en la sentencia.** Sentencia C-239 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía. Sentencia C-690 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-477 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-227 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

### Formato de Jurisprudencia

<b>Corporación</b>	Corte Constitucional - Sala Plena
<b>Número de radicación</b>	C-404 de 2013
<b>Fecha</b>	tres (3) de julio de dos mil trece (2013)
<b>Magistrado ponente</b>	Luis Ernesto Vargas Silva
<b>Tema general</b>	Patria potestad
<b>Asunto</b>	Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 288 y 289 (parciales) del Código Civil.

**Hechos de la sentencia.** Los demandantes consideran que las disposiciones acusadas vulneran los artículos 1, 2, 5, 13, 15 y 16 de la Constitución Política, por cuanto el término “legítimos” contenido en el artículo 288 del Código Civil, atenta contra la dignidad del ser humano y ubica a un menor de edad en un estado de desprotección, pues solo incluye a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres y deja sin amparo “los hijos concebidos por mujer soltera o casada con un hombre soltero o casado (hijos naturales) y a aquellos hijos que nacieron antes de contraer matrimonio y que no fueron registrados en la partida de matrimonio civil o religioso (hijos legitimados)”. Aseguran que restringir el marco de la protección de la patria potestad a los hijos legítimos genera un trato discriminatorio y desconoce la función de tal institución, que debe ser respetada independientemente que el lazo sea natural o legal, y que la concepción del hijo se haya materializado dentro de alguna de las modernas formas de constituir una familia.

Así pues, solicitan a la Corte Constitucional declarar inexecutable los términos demandados y exhortar al legislador para que maneje una sola categoría de hijos, que no sea discriminatoria ni excluyente en torno al lazo de filiación que éstos manejan respecto de sus padres.

**Problema jurídico.** ¿Constituye una discriminación por el origen familiar circunscribir la patria potestad como un ejercicio de los padres respecto de los hijos legítimos?

**Consideraciones de la Corte.** “Conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de los hijos, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir, para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. También ha precisado que la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de estos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo”.

“La Corte ha establecido que la patria potestad es una institución creada por el derecho para facilitar la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, lo que significa que la patria potestad no se ha otorgado a los padres en provecho personal, sino como un deber que reporta bienestar al menor en cuanto a la crianza, la educación, el establecimiento de la persona; éstos último relacionado directamente con la ayuda y asistencia que le deben otorgar al menor”.

“El que el inciso 2º del artículo 288 del Código Civil consagre el ejercicio de la patria potestad como un ejercicio conjunto de los padres respecto de los hijos “legítimos”, quienes a su vez son titulares del beneficio que otorga esa protección parental, constituye una discriminación por el origen familiar que excluye en la literalidad del lenguaje empleado, a los hijos extramatrimoniales y a los adoptivos. Así, no existe ninguna justificación para que ese deber, que a la vez es un beneficio que se debe predicar en favor de todos los hijos al margen de los modos de filiación, se restrinja al lazo matrimonial porque claramente trae consigo una discriminación por

el origen familiar que amerita el que la expresión “legítimos” acusada, sea retirada del ordenamiento jurídico”.

**Decisión/Subregla.** Declarar INEXEQUIBLE la expresión “legítimos” contenida en el inciso 2° del artículo 288 del Código Civil, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

**Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia.** Código civil: arts. 288, 289; Constitución Política: arts. 1, 2, 5, 13, 15, 16, 42; Ley 29 de 1982, art. 1.

**Precedentes citados en la sentencia.** Corte Constitucional: Sentencia C-474 de 1996, C-1003 de 2007, T-474 de 1996, C-1003 de 2007, C-145 de 2010, C-587 de 2011, C-055 de 2013, C-335 de 2012, C-610 de 2012.

#### **Ficha de análisis de jurisprudencia**

<b>Corporación</b>	Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil
<b>Fecha</b>	18 de diciembre de 1984
<b>Magistrado ponente</b>	Horacio Montoya Gil
<b>Demandante</b>	Francisco Absalón Zuluaga Giraldo
<b>Demandando</b>	María Jesús Duque Botero
<b>Tema</b>	Patria Potestad

**Hechos de la sentencia.** El demandante y la demandada contrajeron matrimonio por los ritos católicos el 28 de diciembre de 1972. Fruto de este matrimonio nacieron 2 menores. En enero de 1981 la demandada, según el demandante, lo desaloja del hogar valiéndose de violencia física y moral contra el y desde entonces convive concubinariamente con José, con el cual causa escándalos y mal ejemplo a los menores. A razón de lo anterior el demandante pide la separación de cuerpos y la liquidación de la sociedad conyugal con la demandada, adicionalmente de que los hijos comunes queden en cuidado de los abuelos paternos.

**Problema jurídico.** ¿La patria potestad es sinónimo de la autoridad paterna? ¿Es el juez quién decida bajo quién estará el cuidado de hijos comunes en una sociedad conyugal que esta en proceso de separación de cuerpos y liquidación de la misma?

**Consideraciones de la Corte.** “Mientras los hijos sean menores de edad, sus padres tienen numeroso e ineludibles deberes hacia ellos y para que puedan cumplirlo adecuadamente según las convivencias del momento, requieren de amplias facultades sobre la persona y sus bienes.”

“Con todo, nuestros códigos civiles y de procedimiento civil diferencian y reglamentan separadamente la autoridad paterna y la patria potestad.”

“Esas obligaciones atinentes al cuidado personal o custodia las deben atender sus padres hasta cuando los hijos cumplan la mayoría de edad; empero puedan cesar por imposibilidad física o por imposibilidad moral de los padres, entendida esta última como el abandono moral o el peligro físico y moral del hijo.”

“en el caso del divorcio y la separación de cuerpos de los padres que tienen hijos menores a su cuidado (...) el juez (...) deberá resolver si deja a los hijos menores al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de otra persona atendiendo a su edad, sexo y la causa probada de la separación”

**Decisión.** REVOCA

**Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia.** Código de procedimiento civil: art. 423; Ley 83 de 1946: art. 42; Código Civil: títulos XII y XIV.

**Precedentes citados en la sentencia.** N.A.

#### **Ficha de análisis de jurisprudencia**

<b>Corporación</b>	Corte Constitucional
<b>Número de radicación</b>	T-884/11
<b>Fecha</b>	24 de noviembre de 2011
<b>Magistrado ponente</b>	Juan Carlos Henao Pérez
<b>Accionante</b>	xxxxx
<b>Tema</b>	Patria potestad
<b>Subtema</b>	Interés superior del menor

**Hechos de la sentencia.** El accionante, tuvo una relación sentimental con la señora S con quien tuvo un hijo Y que actualmente tiene 4 años.

La señora S y el accionante se divorciaron y decidieron que la custodia del niño quedara en cabeza de la señora S.

El accionante menciona que él y la señora S cumplían con sus obligaciones como padres.

El 7 de abril de 2010 fallece la señora S.

El accionante se dirige a la casa de los abuelos maternos para que le entregaran al niño, pero la abuela del menor, la señora Z, le pidió que le dejara al niño por un tiempo, petición la cual accede el accionante.

Durante ese periodo de tiempo, la abuela del menor solicitó ante ICBF la custodia y cuidado personal del menor.

La Defensoría Quinta de Familia de Cali mediante resolución 580 de mayo de 2010 decidió entregar de manera provisional la custodia y cuidado personal del menor a su abuela materna.

En el momento de interponer la acción de tutela, el accionante aduce que se encuentra en una situación económica estable y con un hogar constituido, por lo que puede brindarle al menor todo lo necesario para su desarrollo.

El 30 de diciembre de 2010, el accionante fue capturado y actualmente se encuentra privado de su libertad por cuanto la abuela del menor, interpuso denuncia penal por abuso sexual a un menor de 14 años, el cual es el hijo del accionante.

**Problema jurídico.** ¿Es posible privar a un padre de la patria potestad cuando se encuentra privado de la libertad sin condena alguna?

¿Es posible que una entidad administrativa le otorgue a una persona distinta a los padres la custodia de un menor cuando el padre se encuentre privado de la libertad sin condena alguna?

**Consideraciones de la Corte.** “De conformidad con la Constitución, la ley, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional, los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás, razón por la cual se ofrecen garantías y beneficios que protegen su proceso de formación y desarrollo. Igualmente, que al adquirir los menores el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la satisfacción de ese deber, se constituye en el objetivo primario de toda actuación -particular u oficial- que les concierna.”

La Corte Constitucional ha establecido una serie de criterios para adoptar una decisión que favorezca el interés superior del menor, los cuales son: “(1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado. La aplicación de estos criterios, en el caso bajo examen, se realizará cuando se analice el caso concreto.”

Por otro lado, se analiza la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, debido a que esta acción es de carácter subsidiario y en los casos donde se busca revocar decisiones que afecten la custodia de un menor el trámite en principio se lleva ante el juez de familia, pero la Corporación considera que: “No obstante lo anterior, si en el caso concreto se evidencia que el menor se encuentra en situación de riesgo que permite deducir que el proceso verbal sumario no resulta idóneo para proteger sus derechos fundamentales o las condiciones en las que se encuentra el niño podrían conducir a la concreción de un perjuicio grave e inminente que requiere la intervención inmediata del juez de tutela, éste deberá entrar a resolver el asunto de manera transitoria”.

Posteriormente, la Corte Constitucional hace un extenso análisis de la institución de la Patria Potestad, la cual es de gran importancia para motivar su fallo, “La Corte, a través de distintos pronunciamientos, ha sostenido que uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor, es precisamente la institución de la patria potestad, figura que encuentra un claro fundamento en el inciso 8º del artículo 42 de la Carta, el cual le impone a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores, y que es plenamente desarrollada en los artículos 288 a 315 del Código Civil.”

“Inicialmente, de acuerdo con las reformas introducidas al Código Civil, la Corte definió la patria potestad, como el conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir, para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”

“Se trata, entonces, de una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.”

“En decisión reciente, la Corte explicó que los derechos y facultades derivados de la patria potestad, únicamente se conceden a los padres, en razón a las importantes y trascendentales obligaciones e ellos asignada, de manera que la institución existe, porque hay numerosos deberes que los mismos están llamados a asumir frente a los hijos. A este respecto, la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro.”

“las facultades derivadas de la patria potestad, no constituyen, en realidad, un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que se trata de derechos concedidos a favor del menor, razón por la cual, su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado, puede derivar en sanciones para el progenitor.” “la Corte ha precisado que la patria potestad es una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.”

Teniendo en cuenta la Patria Potestad, la Corporación considera que: “es lógico concluir que la restitución de la custodia de un menor al padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra

en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no solo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor.”

Finalmente, la Corte Constitucional hace un análisis del caso en concreto, donde considera:

“Lo primero que logró determinarse es que el accionante se encuentra privado de la libertad desde el 30 de diciembre del año 2010 y que desde ese entonces no ha vuelto a ver a su hijo, pese a que su detención corresponde a una medida de aseguramiento y no a una condena por sentencia judicial, por lo que la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada.”

“el accionante tenía los medios económicos para hacerse cargo de su hijo, así como un núcleo familiar constituido con su compañera permanente que estaba en estado de embarazo, de lo que puede deducirse que en ese momento nada impedía que la custodia del niño le fuera entregada a su padre y no a su abuela materna.”

“De esta manera, se puede inferir que al momento de tal decisión, la Defensoría Sexta de Familia de Cali sí vulneró los derechos del accionante al no concederle la custodia de su hijo, teniendo en cuenta que tenía derecho a ella y que contaba con los medios económicos y afectivos para brindarle estabilidad y un hogar constituido.”

“Ahora, en aras de proteger los derechos del niño y a pesar de haber dejado sin efectos la decisión del 10 de noviembre del año 2010 proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali, la Corte considera necesario reconocerle efectos a la Resolución número 006 de la Defensoría Sexta de Familia de Cali, mencionada en el punto 2.8 de esta providencia, únicamente en cuanto a la tenencia provisional del menor en cabeza de la señora Z hasta tanto se resuelva la situación penal del accionante y hasta que la jurisdicción de familia se pronuncie sobre la custodia definitiva del mismo.”

“Por las razones anteriores esta Sala procederá a dejar sin efectos la decisión proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali por haber excedido sus competencias. Sin embargo, se protegerán en todo caso los derechos del accionante en cuanto a que no se ha tomado una decisión definitiva sobre la custodia de su hijo, y se acogerán las medidas tomadas en la última resolución proferida por la Defensoría Sexta de Familia de la ciudad de Cali únicamente en lo referente a la tenencia del menor en cabeza de su abuela materna mientras se define la situación penal del accionante y mientras la jurisdicción de familia toma una decisión definitiva. Así mismo, se ordenará la suspensión del proceso que cursa en el Juzgado Tercero de Familia de Cali hasta tanto haya sentencia definitiva en el proceso penal que cursa en contra del aquí accionante y se ordenará al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali notificar su decisión al mencionado Juzgado de Familia.”

**Decisión.** “Primero. - LEVANTAR la suspensión de términos contenida en Auto de fecha veintinueve (29) de junio de 2011, proferido por la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación.

Segundo. - REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali, el 10 de noviembre de 2010 por la cual se tutelaron los derechos del accionante y se le otorgó la custodia definitiva de su hijo Y por haber excedido sus competencias.

Tercero. - TUTELAR los derechos del accionante en el entendido de que no existe una decisión definitiva referente a la custodia del menor por lo que, desde este momento y hasta tanto se resuelva la situación penal del señor X y el Juzgado Tercero de Familia se pronuncia de manera definitiva sobre la custodia, el menor Y debe permanecer bajo el cuidado de su abuela materna.

Cuarto. - ORDENAR al Juzgado Tercero de Familia de Cali suspender el proceso de custodia en el que las partes son el señor X y la señora Z, hasta tanto se haya resuelto el proceso penal que cursa contra el primero.

Quinto. - ORDENAR al Juzgado Séptimo Penal del circuito de Cali notificar la decisión que se tome frente al caso del señor X al Juzgado Tercero de Familia de Cali.

Sexto. - ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Nororiental de Cali que mantenga una estricta vigilancia con respecto al menor y a su entorno familiar en casa de su abuela materna.

Séptimo. - ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Nororiental de Cali establecer una estrategia mediante la cual se garanticen las condiciones necesarias para el restablecimiento de los derechos de Y, brindando la asesoría necesaria para fomentar factores protectores que fortalezcan la dinámica familiar y permitan establecer alertas sobre situaciones que pongan en riesgo la integridad física o psicológica del menor. Todo lo anterior, hasta tanto se defina la situación penal del accionante y la jurisdicción de familia tome una decisión definitiva sobre la custodia del menor Y.

Octavo. - ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Centro Zonal Nororiental de Cali enviar quincenalmente al juez de primera instancia los informes sobre los resultados obtenidos de la estrategia y las alertas mencionadas en el numeral anterior, hasta tanto se defina la situación penal del accionante y la jurisdicción de familia tome una decisión definitiva sobre la custodia del menor Y”.

***Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia.*** Código Civil de Colombia, Decreto 2591 de 1991, Código de Infancia y Adolescencia, Ley 153 de 1887, Ley 75 de 1968, Decreto-Ley 2820 de 1974, Constitución Política de Colombia, Convención sobre los Derechos del Niño.

***Precedentes citados en la sentencia.*** T-514 de 1998, T-979 de 2001, T-510 de 2003, T-397 de 2004, C-543 de 1992, C-1003 de 2007, C - 145 de 2010.

## Referencias

- Acuña San Martín, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho de La Universidad Católica Del Norte*, 20(2), 21—59. Retrieved from <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v20n2/art02.pdf>
- Acuña San Martín, M. (2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28(1), Retrieved from [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502015000100003&script=sci\\_arttext&tlng=en](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502015000100003&script=sci_arttext&tlng=en)
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez, C. (1998). Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la Autoridad Parental. *Revista de Derecho de La Universidad de Concepción*, 204. Retrieved from <http://www.acrt-abogados.cl/site/files/pdf/pub0012.pdf>
- Arancibia, M., & Cornejo, P. (2014). El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. *Revista Ius et Praxis*, 20(1), 279—318. Retrieved from <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art11.pdf>
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2006). *Ilícitos Atípicos*. Madrid: Trota Editorial.
- Beltrán, M. (2008). Una visión sociológica del derecho de familia en Colombia: Radicalismo-1945. *Estudios Socio-Jurídicos*, 10(2), 129—158.
- Bermúdez, S. D. (1987). El concepto de mujer y de familia en el contexto de la constitución de 1886. Bogotá D.C: Universidad de los Andes.
- Bermúdez, S. D. (1997). No El “Bello Sexo” y la familia durante el siglo XIX en Colombia. *Historia Crítica*.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Calvo, R. (2007). La ineficacia de las normas jurídica en la Teoría Pura del Derecho. *Isonomía*, 27, 171—191. Retrieved from <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a7.pdf>
- Carnap, R. (1963). Abraham Kaplan on Value Judgements en *The philosophy of Rudolf Carnap*, p. 1002, Schilpp, p. Illinois. ed. Open Court.
- Carrio, G. R. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Castrillón, N. (2013). *Familia: Más que la suma de sus partes*. Bogotá D.C: Alcaldía Mayor, Secretaria Distrital de Planeación.
- Chávez, H. C. (1988). Derecho Penal y Realidad Social. *Derecho Penal y Criminología*, 10, 77—79. Retrieved from [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein\\_journals/dpencrim10&div=40&collection=journals&set\\_as\\_cursor=4&men\\_tab=srchresults&terms=violencia%7Cde%7Cgenere&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein_journals/dpencrim10&div=40&collection=journals&set_as_cursor=4&men_tab=srchresults&terms=violencia%7Cde%7Cgenere&type=matchall)
- Cillero, M. (2016). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. In R. G. Jáuregui (Ed.), *Responsabilidad Parental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

- Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Cortés, J. (1997). *Regeneración, Intransigencia y Régimen de Cristiandad*. Historia Crítica.
- Durkheim, E. (1987). *La división social del trabajo*. Madrid: Editorial Akal Universitaria.
- Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Escobar, A. (2007). *La invención del Tercer Mundo: Construcción y deconstrucción del desarrollo*. Caracas: Fundación Editorial El Perro y La Rana.
- Espitia y Pardo, O. (1924). *Hijos de dañado y punible ayuntamiento*. Bogotá : Tipografía Renacimiento.
- Fuertes-Planas, C. (2007). Validez , obligatoriedad y eficacia del derecho en H.L.A. Hart. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 8, 131—186.
- Gutiérrez, V. (2000). *Cultura y Familia en Colombia*. Tipologías, funciones y dinámica de la familia. Manifestaciones múltiples a través del mosaico cultural y sus estructuras sociales. Medellín. E. Universidad de Antioquia.
- Hart, H. (1963). *The Concept of Law*, supra n. 17, pp. 38 ss. Cornell Law Faculty Publications. Paper 1348.
- Hinestrosa, F. (1994). *Familia de hoy y Constitución*. Conferencia dictada el 21 de mayo de 1993 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. In *Estudios de derecho de familias*. Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia.
- Hohfeld, W. . (1968). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2012a). *Concepto 134 de 2012*. Bogotá D.C.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2012b). *Concepto 137 de 2012*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). (2017). *Concepto 119 de 2017*. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Islas, R. (2011). Principios jurídicos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 17, 397—412. Retrieved from <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr26.pdf>
- Jáuregui, R. G. (2016). *Responsabilidad Parental*. Alimentos y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jiménez, F. (1998). La protección integral de la familia desde una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Privado*, 22. Retrieved from [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri270.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri270.pdf)
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Krasnow, A. (2012). *La responsabilidad parental en el anteproyecto de Código Civil*.

- Lathrop, F. (2011). Bases para una reforma de las relaciones filiales personales en Chile. Universidad de Chile: Revista del magíster y doctorado en derecho, 4, Retrieved from <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126971/Bases-para-una-reforma-de-las-relaciones-filiales-personales-en-chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales (1a ed., Biblioteca universitaria). Bogotá: Siglo del Hombre.
- López, D. (2006). El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. 2Ed. Bogotá: Legis
- Magistris, G. (2004). Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho : Tensiones y compatibilidades. In XIX Congreso Panamericano del Niño. Instituto Interamericano del Niño (pp. 1—22). México D.F: Instituto Interamericano del Niño.
- Martín, A. (2015). Deberes y derechos de los padres e hijos afines. In La Ley Suplementaria Especial. Nuevo Código de Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires.
- Mizrahi, M. L. (2016). Responsabilidad Parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos. Buenos Aires: Astrea.
- Moreso, J. J. y Casanova, R. (1994). eds. El Ámbito de lo Jurídico, p. 443. Crítica. Citando a Alf Ross. Sobre el Derecho y la Justicia. Barcelona
- Múrtula , V. (2016). La privación de la patria potestad como medida de protección del menor en los casos de violencia de género. Madrid: Universidad de Alicante.
- Navarro, P., Moreso, J. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Revista Isonomía. Teoría y filosofía del derecho. No. 5 / octubre.
- Paci, J. (2016). La inescindibilidad del Derecho con el contexto social. Castilla: Universidad de Castilla.
- Paéz , M. (2013). La Sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia. Revista Derecho Del Estado, Julio-Dici(31), 231—257.
- Parsons, T. (1956). Family Socialization and Interaction Process. London: Routledge.
- Pinzón, B., & Romero, J. (2016). Función legislativa en Colombia : Ejercicio legislativo e ineficacia normativa \*. Conflicto & Sociedad, 4(1), 65—81.
- Ponce Solé. J. (2009). Artículo “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE ...”, cit. p. 208. Revista de Administración pública. Número 180. España.
- Prieto. M. (2015) Evolución del concepto de familia en Colombia: una mirada jurisprudencial. Medellín. Universidad Santo Tomas.
- Rodríguez, P. (2004). La familia en Colombia. In La familia en Iberoamérica 1550-1980 (pp. 246—288). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Ross, A. (2005). Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba.
- Santamaría, P. (2010). Los principios jurídicos del Derecho administrativo. Citando a Bermejo Vera, J. El principio de seguridad jurídica. Madrid. La Ley. pp. 76 y 77.

- Scala, J. (2002). *¿Matrimonio o divorcio? La familia en el siglo XXI*. San José de Costa Rica: Ediciones Promesa.
- Schmidt, C., & Velosa, P. (2001). *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- Strathern, M. (2011). What is a parent? *HAU: Journal of Ethnographic Theory*, 1(1), 245. <https://doi.org/10.14318/hau1.1.011>
- Superintendencia de Notariado y Registro. (2017). En Colombia, por cada tres matrimonios hay un divorcio. Retrieved from <http://www.supernotariado.gov.co>
- Tadros, V. (1998). Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18(1), 75—103. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/764723>  
<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/764723.pdf?acceptTC=true>
- Tarud, C., Binstock, G., Panalal Doshi, A., Goldscheider, F., Joo Lee, B., Moore, K. A., ... Jean Yeung, W.-J. (2015). Mapping Family Change and Child Well-Being Outcome. *Child Trends*. Retrieved from <https://www.childtrends.org/wp-content/uploads/2015/09/2015-39WorldFamilyMap2015.pdf>
- Tovar, H. (2012). *La batalla de los sentidos: infidelidad, adulterio y concubinato a fines de la colonia*. Bogotá D.C: Ediciones Uniandes.
- Valbuena, G. (1936). *Derechos de los hijos naturales*. Bogotá D.C: Talleres Mundo al Día.
- Velazco, M. (2014). Distinción teórica del ejercicio y la titularidad de la patria potestad en interés del menor de edad. *Revista Cubana de Derecho*, 43(1), 27—51.
- Villegas del Castillo, C. (2006). *Del hogar a los juzgados: Reclamos familiares en los juzgados superiores en el tránsito de la Colonia a la República, 1800-1850*. Bogotá D.C: Ediciones Uniandes.
- Von Ihering, R. (1985). *La lucha por el derecho*. Madrid: Editorial Civitas.
- Von Wright, G. (1963). *The Varieties of Goodness*, supra n.3, p.6. Great Britain. Routledge & Kegan Paul Ltd.
- Zapata, B. (2009). *Homoparentalidad en Colombia: Provocación de la diversidad Familiar*. Bogotá D.C. Retrieved from [http://www.ucaldas.edu.co/docs/seminario\\_familia/PONENCIA\\_BARBARA\\_ZAPATA.pf](http://www.ucaldas.edu.co/docs/seminario_familia/PONENCIA_BARBARA_ZAPATA.pf)
- Zini, P. (2015). De la patria potestas romana a la responsabilidad parental en Argentina : evolución de la obligación alimentaria. *Anales de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 12(45), 340—358.

## **Leyes**

- Constitución Política de Colombia (1991, julio 7). [C.N]. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. [Colombia]. Editorial Legis. Bogotá.
- Ley 57 de 1887. Por la cual se expide el Código Civil. Arts. 250-315 Congreso de la República [Colombia]. Editorial Legis. Bogotá.

Ley 54 de 1990. Por la cual se regula la Unión Marital de Hecho. Diario oficial. Año cxxvii. n. 39615. 31, diciembre, 1990. p. 19. Congreso de la República [Colombia] Bogotá.

Ley 979 de 2005. Por la cual se reforma la Ley 54 de 1990 de la Unión Marital de Hecho. Diario Oficial No. 45.982 de 27 de julio de 2005. Congreso de la República [Colombia]. Bogotá.

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Arts.1-37. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Congreso de la República [Colombia]. Editorial Legis. Bogotá.

### **Jurisprudencia Nacional**

Sentencia (1984, octubre 25) Magistrado Ponente: Hernando Tapias Rocha. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. [Colombia]

Sentencia (1984, diciembre 18). Magistrado Ponente: Horacio Montoya Gil. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. [Colombia]

Sentencia (1985, abril 25) Magistrado Ponente: Hernando Tapia Rocha. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. [Colombia]

Sentencia T-523 (1992, septiembre 18). Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T- 531 (1992, septiembre 23). Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-178 (1993, mayo 7). Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-179 (1993, mayo 7). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-212 (1993, junio 8). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-290 (1993, julio 28). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-339 (1993, agosto 25). Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia C-344 (1993, agosto 26). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].

Salvamento de Voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez a la Sentencia C-344 (1993, agosto 26). Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-500 (1993, octubre 29). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].

Sentencia T-042 (1994, febrero 8). Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia T-042 (1994, febrero 8). Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-047 (1994, febrero 10). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T- 068 (1994, febrero 22). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-105 (1994, marzo 10). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-133 (1994, marzo 17). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional [Colombia].
- Salvamento de Voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y Alejandro Martínez a la Sentencia C-133 (1994, marzo 17). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-165 (1994, marzo 25). Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-174 (1994, abril 11). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-217 (1994, mayo 2). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-221 (1994, mayo 5). Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-459 (1994, mayo 11). Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-239 (1994, mayo 19). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-274 (1994, junio 10). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-277 (1994, junio 15). Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-278 (1994, junio 15). Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-371 (1994, agosto 25). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia].
- Salvamento de Voto de los Magistrados Jorge Arango, Carlos Gaviria, Alejandro Martínez y Morón a la Sentencia C-371 (1994, agosto 25). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-382 (1994, agosto 31). Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia T-386 (1994, agosto 31). Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-012 (1995, enero 17). Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-060 (1995, febrero 21). Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-116 (1995, marzo 16). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-217 (1995, mayo 16). Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-304 (1995, julio 12). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-377 (1995, agosto 24). Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-378 (1995, agosto 28). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-477 (1995, octubre 23). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-041 (1996, febrero 7). Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-098 (1996, marzo 7). Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes. Corte Constitucional [Colombia].
- Salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes a la Sentencia C-098 (1996, marzo 7). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-098 (1996, marzo 7). Aclaración de voto de José Gregorio Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-182 (1996, mayo 2). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-199 (1996, mayo 9). Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-215 (1996, mayo 15). Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-372 (1996, agosto 16). Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-474 (1996, septiembre 25). Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-595 (1996, noviembre 6). Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-237 (1997, mayo 20). Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-393 (1997, agosto 19). Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia 755 (1999, septiembre 27). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-388 (2000, abril 5). Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-533 (2000, mayo 10). Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-618 (2000, mayo 29). Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-999 (2000, agosto 2). Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-1426 (2000, octubre 19). Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SU-623 (2001, junio 14). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-814 (2001, agosto 2). Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-1033 (2002, noviembre 27). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-163 (2003, febrero 26). Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-189 (2003, marzo 5). Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-237 (2003, abril 1). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-318 (2003, abril 24). Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-492 (2003, junio 11). Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-510 (2003, junio 19). Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia C-873 (2003, septiembre 30). Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-1220 (2003, diciembre 11). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T 397 (2004, abril 29). Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-997 (2004, octubre 12). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1050 (2004, octubre 26). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-1103 (2004, noviembre 4). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-353 (2005, abril 7). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-349 (2006, mayo 5). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2006, mayo 25). Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. [Colombia].
- Sentencia T 953 (2006, noviembre 17). Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-075 (2007, febrero 7). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-115 (2007, febrero 22). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-521 (2007, julio 11). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-811 (2007, octubre 3). Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1007 (2007, noviembre 22). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-1003 (2007, noviembre 22). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-336 (2008, abril 16). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-1163 (2008, noviembre 26). Magistrado Ponente: Jairo Araújo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].

- Sentencia T-1241 (2008, diciembre 11). Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-029 de (2009, enero 28). Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia Radicado Expediente: 08 2006 01026 01 (2009, mayo 13). Magistrado Ponente: Henry Cadena Franco. Tribunal Superior del Distrito Superior de Cali [Colombia].
- Sentencia (2009, septiembre 2). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. [Colombia].
- Sentencia T-887 (2009, diciembre 1). Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-145 (2010, marzo 3). Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia Radicado Expediente: 66045-31-89-001-2009-00113-01 (2010, octubre 13). Magistrado Ponente: Claudia María Arcila Ríos. Tribunal Superior del Distrito Superior de Pereira [Colombia].
- Sentencia C-840 (2010, octubre 27). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-577 (2011, julio 26). Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-716 (2011, septiembre 2). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-717 (2011, septiembre 22). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-884 (2011, noviembre 24). Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2011, noviembre 30). Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil [Colombia].
- Sentencia C-238 (2012, marzo 22). Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-688 (2012, agosto 28). Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-266 (2012, marzo 29). Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-404 (2013, julio 3). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2013, julio 11). Rad: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. [Colombia.]

- Sentencia T-606 (2013, septiembre 2). Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-818 (2013, noviembre 12). Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-239 (2014, abril 9). Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-368 (2014, junio 11). Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-466 (2014, julio 9). Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-552 (2014, julio 23). Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-071 (2015, febrero 18). Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-258 (2015, mayo 6). Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-683 (2015, noviembre 4). Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-727 (2015, noviembre 25). Magistrado Ponente: Myriam Ávila Roldán. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-182 (2016, abril 13). Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia SU-214 (2016, abril 28). Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-262 (2016, mayo 18). Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-451 (2016, agosto 24). Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-246 (2017, abril 26). Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T- 665 (2017, octubre 30). Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia (2018, julio 11). STC8837-2018 Radicación n.º 11001-22-10-000-2018-00236-01 Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. Corte Suprema de Justicia. [Colombia].
- Sentencia C-046A (2019, febrero 9) Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional [Colombia].

## Webgrafía

- Acuerdo de Solución Amistosa. Caso N° 12.433. Sonia Arce Esparza con Chile. Recuperado de [<http://www.Leychile.cl/Navegar?idNorma=270873>].
- Acuña, M. (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. En Revista Scielo, RDUCN vol.20 no.2 Coquimbo. En[[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071897532013000200002#n22](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071897532013000200002#n22)].
- Alterini A. (2012), Código Civil Sistematizado, Investigación Académica. Intocable, destinado a perdurar a lo largo de los tiempos. Argentina. Tomado de: <http://www.laLey.com.ar/product/files/41307313/41307313.pdf>.
- Arancibia, M. & Cornejo, P. (2014). El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos. Universidad de Talca. En SciElo. Recuperado de [[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000100011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000100011&script=sci_arttext)]
- Braudo, S. (). L'Autorité Parentale. Dictionnaire Du Droit Privé. Disponible en : [<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/autorite-parentale.php>].
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Jorge Arango Mejía. Sentencia del 10 de marzo de 1994(C- 105). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-105-94.htm>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia del 09 de abril de 2002(C-246). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=30901>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Mauricio González Cuervo. Sentencia del 07 de mayo de 2014 (C-278). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-278-14.htm>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia del 26 de julio de 2011 (C-577). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Mauricio González Cuervo. Sentencia del 23 de julio de 2014 (C-552). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-552-14.htm>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia del 01 de abril de 2003(C-271). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-271-03.htm>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia del 23 de agosto de 2005 (C-875). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17805>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia del 10 de mayo de 2000 (C-533). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-533-00.htm>

- Corte Constitucional [Colombia]. Sala Plena. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia del 03 de diciembre de 1997 (C-652). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-652-97.htm>
- Corte Constitucional [Colombia]. Sala novena de revisión. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia del 06 de noviembre de 2008 (T-1096). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-1096-08.htm>
- Gauvenet, L. (2013). « Droit de la Famille : Mariage, Divorce, Concubinage, Filiation et PACS ». Recuperado de [<http://danc.free.fr/famille/index.htm>].
- Guío, C.R. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional [Colombia].na. Revista Studiositas, edición de diciembre de 2009. Universidad Católica de [Colombia]. Recuperado el 6 de Agosto de 2015 del sitio web: [http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/21\\_3554\\_studisitas-v4-n3-guio-camargo-.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/21_3554_studisitas-v4-n3-guio-camargo-.pdf).
- Human Rights Education Associates. (s.f.). Guías de estudio - el derecho a la familia. Recuperado de Human Rights Education Associates: <http://www.hrea.net/learn/guides/derecho-a-la-familia.html>.
- Instituto [Colombia].no de Bienestar Familiar. Concepto 20 del 17 de marzo 2015. Disponible en: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto\\_icbf\\_0000020\\_2015.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000020_2015.htm).
- Jiménez V, F. (1998). La protección integral de la familia desde una perspectiva constitucional. Revista de Derecho Privado No. 22, Julio de 1998. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes. Recuperado el 6 de Agosto de 2015 del sitio web: [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=270%3AAla-proteccion-integral-de-la-familia-desde-una-perspectiva-constitucional&catid=28%3A22&Itemid=79&lang=es](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=270%3AAla-proteccion-integral-de-la-familia-desde-una-perspectiva-constitucional&catid=28%3A22&Itemid=79&lang=es).
- López, C. (2005). Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I. Ed. Librotecnia. Recuperado de [[http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho\\_de\\_Familia/MANUAL%20DE%20DERECHO%20DE%20FAMILIA%20-%20TOMO%20I%20-%20CARLOS%20LOPEZ%20DIAZ.pdf](http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho_de_Familia/MANUAL%20DE%20DERECHO%20DE%20FAMILIA%20-%20TOMO%20I%20-%20CARLOS%20LOPEZ%20DIAZ.pdf)].
- Millard, E. (1999). Famille et droit : Retour sur un malentendu. Informations sociales, CNAF, pp.64-73. Recuperado de [<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00126543/document>].
- Moya V. M, 2009. Citando a Strauss, L., 1985. Primacía de lo social sobre lo biológico y de lo cultural sobre lo natural. Tomado de: [http://books.google.es/books?id=qUY70MwVIN4C&pg=PA102&dq=codigo+civil+\[Colombia\].no+familia&hl=es&sa=X&ei=qWAU8v8KMu3sATm5YHIDg&ved=0CFQQ6AEwBA#v=onepage&q=codigo%20civil%20\[Colombia\].no%20familia&f=false](http://books.google.es/books?id=qUY70MwVIN4C&pg=PA102&dq=codigo+civil+[Colombia].no+familia&hl=es&sa=X&ei=qWAU8v8KMu3sATm5YHIDg&ved=0CFQQ6AEwBA#v=onepage&q=codigo%20civil%20[Colombia].no%20familia&f=false)
- Palma, P. (2013). Características del Derecho de Familia. En Derecho Chile: entre tecnología y humanidad. Recuperado de [<http://www.derecho-chile.cl/derecho-de-familia/>].
- Quintana, S. (2015). El Acuerdo de Unión Civil. Su regulación. Semejanzas y Diferencias con el Matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia

Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado de [<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n44/a04.pdf>].

Sentence K.A.B vs Spain (application no. 35159/09) European Court of Human Rights. (s.f).  
Recuperado el 11 de Agosto de 2015, de [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3353755-3754421#{"itemid":\["003-3353755-3754421"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3353755-3754421#{)

Sentence Pierce vs. Society of Sisters, 1928

Tadros, V. "Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault." *Oxford Journal of Legal Studies* 18, no. 1 (1998): 75—103. <http://www.jstor.org/stable/764723>\n<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/764723.pdf?acceptTC=true>

Velosos, P. (2010). *Derecho de Familia. Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Thomson Reuters. Recuperado de [[http://www.puntolex.cl/568/articles-142212\\_indice.pdf](http://www.puntolex.cl/568/articles-142212_indice.pdf)]

Zapata, B. *Homoparentalidad en [Colombia]. Provocación de La Diversidad Familiar*. Bogotá, D.C.2009 [http://www.ucaldas.edu.co/docs/seminario\\_familia/PONENCIA\\_BARBARA\\_ZAPATA.pdf](http://www.ucaldas.edu.co/docs/seminario_familia/PONENCIA_BARBARA_ZAPATA.pdf)