

FUNDAMENTACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA

1

**FUNDAMENTACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA A PARTIR DE LA  
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN CUANTO  
A LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**



**RONALD DAVID SILVA DE LA HOZ**

**PROYECTO DE GRADO DE PREGRADO**

**UNIVERSIDAD DE LA COSTA  
DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
BARRANQUILLA  
2020**

**FUNDAMENTACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA A PARTIR DE LA  
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN CUANTO  
A LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**



**RONALD DAVID SILVA DE LA HOZ**

**PROYECTO DE GRADO: TESIS PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO**

**TUTORA Mg ALICIA AMALIA ÁLVAREZ PERTÚZ  
CO-TUTORA Dra JUDITH JOSEFINA HERNÁNDEZ GARCÍA DE VELAZCO**

**UNIVERSIDAD DE LA COSTA  
DEPARTAMENTO DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
BARRANQUILLA  
2020**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

**Firma presidente del Jurado**

---

**Firma de jurado**

---

**Firma de Jurado**

Barranquilla, mayo de 2020

**Frases motivacionales**

*“Ir al juez es ir a la justicia; porque el juez nos representa la justicia viva y personificada”*

*-Aristóteles. Ética a Nicómaco*

### **Dedicatoria**

*A mi madre Miriam De La Hoz, que amo con el alma, gratitud inmensa, sin ella este sueño hoy no fuera realidad, “Lo que me debía la vida, ya con ella me pagó”.*

*A Rosa Elena Rodas de Mejía quien dejó profunda huella en mi vida, que en paz descanses.*

*A la familia Escudero Mejía, quienes con el amor familiar apoyaron mi crecimiento personal y profesional, no tengo como agradecerles tanto.*

*A mis abuelos Pablo Alfredo Silva y Carmen Emilia Álvarez y demás familiares quienes durante mi niñez me inculcaron los principios que hoy me definen como persona.*

*A Doménico por su fiel y eterna compañía en mis largas jornadas de estudio.*

*A mis tutoras Alicia Álvarez y Judith Hernández por su integral formación y valioso apoyo en la elaboración de la tesis.*

*A todos los niños del mundo, para reforzar su reivindicación como sujetos de derechos*

### **Agradecimientos**

Agradezco profundamente en primer lugar a Dios, por su aliento de amor y por obsequiarme incondicionalmente su sabiduría y constancia para lograr cumplir cada exigencia que demandó este trabajo logrando el mejor resultado posible.

De igual forma, le doy gracias a mi madre por acompañarme durante las etapas de mi infancia, adolescencia y juventud en donde con dedicación, amor y esfuerzo, consiguió hacer posible en mí los logros adquiridos; indudablemente sin su apoyo nada de esto sería posible.

Agradezco a la Familia Escudero Mejía porque gracias a su confianza y apoyo logré adquirir las destrezas profesionales y críticas que serán siempre la mejor herramienta para aportar a la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

Agradezco al Decano de la Facultad de Derecho; Alfredo Peña Salón, porque gracias a sus sabios consejos logró crear en mí una visión crítica del derecho, lo cual ha sido sumamente crucial en mi formación y proyección como jurista del siglo XXI.

Por último, agradezco profundamente a todos mis profesores universitarios y en especial a mis tutoras Alicia Amalia Álvarez, Judith Josefina Hernández y maestro Omar Sandoval Fernández: quienes además de depositar su mayor confianza en mí, siempre me apoyaron incondicionalmente en la búsqueda integral y constante del conocimiento jurídico.

### **Resumen**

El dejar de concebir a los niños como sujetos de especial protección para considerarlos como sujetos de derechos supuso un reto para el Estado colombiano, por lo cual la investigación analizará la trascendencia constitucional y legal que supone la adopción de la declaración Universal de los Derechos Del Niño de 1989 con relación a la aplicación del principio del interés superior del niño o niña en el ejercicio de la patria potestad en Colombia. Es una investigación socio-jurídica, apoyada en el método hermenéutico-fenomenológico jurídico como instrumento que facilitará hallar la información necesaria para el desarrollo de los postulados de la investigación, en ese orden de ideas, el presente trabajo simboliza una ruptura del viejo paradigma que vislumbraba a los niños como sujetos de especial protección y por su parte reforzará la nueva visión de auténticos sujetos de derechos, cuya condición vulnerable las naciones del mundo deben tutelar.

**Palabras clave:** Convención Universal de los Derechos de los Niños, interés superior del niño, patria potestad, responsabilidad parental, sujeto de derecho, paradigma de la situación irregular

### **Abstract**

When leaving to conceive children as subjects of special protection to consider them as subjects of rights was a challenge for the Colombian State, so the investigation will analyze the constitutional and legal significance of the adoption of the Universal Declaration of the Rights of the Child of 1989 in relation to the application of the principle of the best interests of the child in the exercise of Powerful Homeland in Colombia. It is a socio-juridical research, supported by the legal hermeneutic-phenomenological method as an instrument that will facilitate finding the necessary information for the development of research postulates, in that order of ideas, the present work symbolizes a rupture of the old paradigm that envisioned the Children as subjects of special protection and on the other hand will reinforce the new vision of true subjects of rights, whose vulnerable condition the nations of the world must guard.

**Keywords:** Universal Convention on the Rights of Children of 1989, The best Interest of the Child, Powerful Homeland, Parental Responsibility, Subject of Law, Paradigm of the Irregular Situation

## Contenido

Lista de figuras.....	11
Introducción .....	12
Capítulo I .....	15
Generalidades del problema.....	15
Planteamiento del problema .....	15
Descripción del problema.....	15
Formulación del problema .....	18
Frente al planteamiento del problema se formula siguiente pregunta problema: .....	18
Objetivos .....	18
Objetivo general .....	18
Objetivos específicos.....	18
Justificación.....	18
Aproximación a la tipología investigativa .....	21
Delimitaciones de la investigación .....	21
Delimitación científica: Se delimita al área del derecho civil en Colombia. ....	22
Capítulo II .....	22
Marcos Teóricos y de referencia.....	22
Antecedentes de la investigación .....	22

Bases teóricas .....	25
Marco conceptual .....	64
Referentes históricos .....	67
Referentes contextuales.....	71
Marco legal.....	85
Capítulo III.....	89
Metodología de la Investigación .....	89
Capítulo IV.....	96
Desarrollo y crítica de la investigación.....	96
Análisis y discusión teórica.....	96
Capítulo V.....	110
Resultados de la investigación .....	110
Conclusiones.....	117
Recomendaciones .....	124
Referencia .....	126
Anexos.....	131

**Lista de figuras**

Figura 1. Patria Potestad.....	69
Figura 2 Diagrama Triangular evolución de la patria potestad en el derecho Romano.....	70
Figura 3. Mapa Conceptual proceso de extinción de la patria potestad paterna Romana.....	71
Figura 4. Diagrama Interés superior en el Plano Internacional y constitucional.....	71
Figura 5. Pirámide modelo Kelsen-normativo jerárquico.....	73
Figura 6. Atributos de la patria potestad.....	76
Figura 7. Mapa Circular Emancipación y su clasificación.....	82
Figura 8. Cuadro comparativo de la clasificación de emancipación .....	82
Figura 9. Línea señalizadora imperativos hipotéticos de la actividad judicial.....	84
Figura 10. Tareas del juzgador racional argumentativo.....	84
Figura 11. Cuadro Plan Operativo de la Investigación.....	94
Figura 12. Diagrama circular discusión temática.....	97
Figura 13. Esquema Declaración de los derechos del niño. Citando a Cely,.....	98
Figura 14. Esquema conceptual de las dimensiones del derecho y principio de igualdad en el Estado Social de Derecho.....	103
Figura 15. Esquema del precedente Jurisprudencial. Corte Constitucional, Sentencia SU- 172-2015.....	108

## Introducción

La importancia de la fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la adopción de la declaración universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño ha supuesto múltiples compromisos para el Estado Colombiano en el ámbito de la jurisdicción de familia, específicamente en el terreno de garantías de los niños en su moderna concepción como sujetos de derechos, dejando atrás el anterior tradicional paradigma de sujetos de especial protección.

En ese orden de ideas, el objetivo de la presente investigación consiste en analizar la trascendencia constitucional y legal que supone la adopción de la declaración Universal de los Derechos Del Niño de 1989 con relación a la aplicación del principio del interés superior del niño o niña en el ejercicio de la patria potestad en Colombia.

En efecto, Colombia suscribió en 1991 la Convención Universal de los Derechos del Niño de 1989, la cual, de la mano de la Constitución Política de 1991, el Código Civil y el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia; consagran un conjunto de garantías de gran connotación que tiene el Estado, la familia y la sociedad con respecto a los niños en relación con el desarrollo integral de sus derechos fundamentales. Queda la incertidumbre sobre si realmente se están cumpliendo los lineamientos de dicha convención internacional. De este modo, se propone determinar cuál ha sido la interpretación y fundamentación que se le ha dado al principio del interés superior del niño en el sistema jurídico colombiano.

Este trabajo se justifica en la medida que refuerza la ruptura del viejo paradigma de los niños como simples objetos de protección, a unos niños y una juventud que se le valora, que se le da voz, debido a que no son simples objetos a la expectativa de que el buen arbitrio de la población

y el Estado los trate de la mejor manera posible por mera solidaridad y compasión, sino que son auténticos sujetos de derechos, cuya condición vulnerable las naciones del mundo deben tutelar.

Para el desarrollo del estado del arte se tuvieron en cuenta las investigaciones de autores como: Zaidán Albuja, Aguilar, Rodríguez, Lehmann, Rosales y Santaolalla, así mismo, para el marco teórico se referenciaron los postulados doctrinarios y planteamientos de las investigaciones de: Durán, Guaquetá & Torres, Fernández, Monroy Cabra, López y Álvarez.

En un Estado social de derecho resulta indispensable pensar en la existencia de un marco jurídico en el cual se establezca claramente un régimen de responsabilidad del Estado como motor de la administración de justicia en la medida que son quienes defienden los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, tanto para los servidores públicos, en sentido general, como para los particulares que procuran acceder a la administración de justicia para que les sea resuelta una situación conflictiva que envuelva el derecho y por tanto saciar de justicia como herramienta de orden justo en la sociedad.

Es muy importante el avance que ha tenido la Corte Constitucional, en materia de protección a los distintos derechos que tiene la población colombiana. Para empezar, hay que destacar que gracias a la Constitución política de 1991 existe una protección integral a cada uno de los derechos que tenemos como personas, sin importar las diferencias que puedan existir.

La intención de este órgano jurisdiccional de cierre hermenéutico, es “salvaguardar” la dignidad como personas para así proteger las diferentes vulneraciones que se pueda presentar con aquellos derechos que consideremos afectados, en la medida que el desarrollo saludable de niños y niñas debe ser una prioridad en todas las sociedades.

Se reitera que la Convención de Derechos del Niño, promueve y garantiza que todas las

autoridades en todos los niveles implementen las estrategias, acciones y medidas necesarias para garantizar sus derechos e intereses superiores.

Es así como, en distintos estrados deben a través de abogados y defensores de familia ser defendidos estos intereses de niños, niñas y adolescentes, en su mayoría victimizados por padres que se niegan a brindarles el soporte necesario para sus alimentos, en escenarios judiciales con rituales excesivos o procedimientos inconstitucionales.

En cuanto al diseño metodológico, la presente investigación será de enfoque Socio-Jurídico, la tipología metodológica corresponde a la influencia efectiva del derecho sobre la realidad social, implementando al efecto, un método hermenéutico-fenomenológico jurídico como instrumento que facilitará hallar la información necesaria para el desarrollo de los postulados de la investigación.

Sin lugar a dudas, no hay justicia más noble en el mundo que aquella que procura salvaguardar los derechos de los niños como la generación del futuro, esa que lleva inmersas los sueños y la esperanza de una sociedad de paz, libertad, felicidad y dignificación humana que las personas anhelan, de ese modo la Convención deja atrás los conceptos negativos y utópicos centrados en ver a los niños como objeto de protección, posicionándolos como sujetos de derechos desde los principios de titularidad, interés superior, prevalencia de los derechos, protección integral y corresponsabilidad.

## Capítulo I

### Generalidades del problema

#### Planteamiento del problema

##### Descripción del problema

Los Convenios Internacionales, la Constitución Política de 1991, el Código Civil y el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, consagran un conjunto de derechos y garantías de gran connotación que tiene el Estado, la familia y la sociedad con respecto a los niños, niñas y adolescentes, entes que reconocen el amplio grado de vulnerabilidad histórico con el que ha contado a lo largo de la historia de la humanidad este grupo de seres humanos en estado de crecimiento y reconocen en virtud de la etapa de la vida que atraviesan, el derecho a gozar de cuidados especiales y protección permanente (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Es así como, entre los derechos del niño, niña y adolescente se encuentra el de no ser separado de sus padres, tener una familia y disfrutar de una convivencia familiar sana, por esta razón es importante prestar mucha atención al conjunto de derechos y obligaciones de los padres, a los que se los conoce como Patria Potestad, cuyo ejercicio es privativo de sus progenitores y por excepción de tutores (Monroy-Cabra, 2012).

La patria potestad es una institución del derecho de familia que, por su progreso histórico y su correspondencia inmediata con la defensa y protección del interés del hijo menor no emancipado, goza de plena protección constitucional y legal en el ordenamiento jurídico colombiano. (Congreso de la República, 1987, Ley 57).

Del texto normativo del código civil en su artículo 288 se extraen varios aspectos: (i) la patria

potestad se ejerce de forma conjunta por ambos padres, (ii) es un conjunto de derechos de los padres sobre sus hijos, los cuales se le otorgan debido al cumplimiento de sus deberes paternos, y (iii) se predica solamente respecto de los hijos no emancipados (Domínguez, 2007).

Si bien es cierto, no existe duda de que la patria potestad se predica respecto de los hijos no emancipados, ya sea por la minoría de edad o porque siendo mayores no cuentan con capacidad mental o física que les permitan disponer libremente de sus derechos patrimoniales, para efectos del trabajo de investigación que se desarrolla en este texto, el grupo de interés será el primero, es decir, los menores de edad.

La responsabilidad paternal es la expresión que termina de configurar la connotación de derecho-deber que tiene la patria potestad, pues habla de la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación y así lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos (Congreso de la República, 2006, Ley 1098).

Colombia ratificó en 1991 la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y que en efecto, fue aprobado por la ley 12 del 91, como resultado de los compromisos a que, por bloque de constitucionalidad Colombia, se hizo responsable al haber suscrito tan noble y humanitario tratado internacional según Cely (2015), se expidió en el año 2006 el Código de la Infancia y la Adolescencia que reivindicó en Colombia los derechos de los niños como sujetos de derecho y no ya más como objetos de protección.

El interés superior del niño es un principio primordial, es así como la Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño lo establece como derecho subjetivo de

los menores de edad y como principio interpretativo de cuantas medidas potencialmente pudieran afectar de manera directa o indirecta a los niños, niñas y adolescentes. Más allá de lo establecido por la Convención, debe observarse que el principio del interés superior del menor es el impulso, motor y razón de ser que inspira el mismo texto convencional, así como cualesquiera otras medidas protectoras que tal cuerpo internacional brinda a quienes aún no han alcanzado la mayoría de edad (Lora, 2006)

Se pretende entonces, estudiar la tratamiento jurídico que se le da a la patria potestad en Colombia, analizando sus antecedentes y perspectivas y, con este fundamento, indagar por el abordaje que se le da al ejercicio de la patria potestad en las normas jurídicas Colombianas y la aplicación judicial de ésta; para ello se establecieron las limitaciones que tienen los padres en la búsqueda de salvaguardar los principios internacionales que suponen la prevalencia del interés superior del niño frente al ejercicio de la patria potestad. De tal suerte, se resalta la explicación de Varsi: “La patria potestad lleva implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades deberes” (Varsi, 2014, p. 296).

En ese orden de ideas, el problema radica en el no cumplimiento de los principios de la Declaración Universal de los derechos del niño de 1989 el cual fue adoptado por Colombia, ello se ha visto reflejado en los procesos de pérdida y suspensión de la patria potestad; pues en efecto ha existido una problemática inminente de desprotección, por lo que se necesita constatar cuál ha sido dentro de nuestra legislación y sistema jurídico el cumplimiento del interés superior del niño y demás principios imperativos de la convención adoptada.

## **Formulación del problema**

Frente al planteamiento del problema se formula siguiente pregunta problema:

¿Cuál es la importancia de la fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la declaración universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño?

## **Objetivos**

### **Objetivo general**

Analizar la importancia de la fundamentación de la patria potestad en Colombia a partir de la Declaración Universal de los derechos de los menores en cuanto a la aplicación del interés superior del niño.

### **Objetivos específicos**

- Indagar el grado de aplicación que tuvo en Colombia la adopción de la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño de 1989 frente al ejercicio de la patria potestad en la satisfacción de los derechos de los niños y las niñas.
- Identificar el Principio del Interés Superior Del Niño y su postura de “los niños como sujetos de derechos” en contraste con el anterior paradigma de los niños como objetos de especial protección.
- Determinar jurídicamente la importancia de la patria potestad a partir de los derechos de los menores desde la óptica de los Derechos Humanos histórica y constitucionalmente protegidos por el Estado colombiano.

## **Justificación**

El propósito fundamental de esta investigación de tesis es resaltar la extrema relevancia que tiene la nueva concepción del interés superior del niño en la legislación colombiana, la cual a

todas luces fue inspirada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, y cómo ese principio interpretativo repercute en la forma en que se debe ejercer la patria potestad sobre los menores.

En efecto, el presente trabajo de investigación gira en torno al tema de los derechos que por vía de convencionalidad y bloque de constitucionalidad se tiene en cuanto al tratado internacional en mención y además los constitucionales de las partes involucradas en la patria potestad, abordando su conceptualización a partir de la doctrina, la normatividad vigente y la jurisprudencia, particularmente al interior del Estado colombiano (López 2005).

Este trabajo parte de una ilustración que incluye un panorama internacional, constitucional y legal que permita legitimar su ejercicio desde la fundamentación teórica de la internacionalización del derecho propia de la corriente neoconstitucionalista del derecho familiar (Fernández, 2009).

La Convención en ese sentido según lo anota Cely; deja atrás los conceptos negativos e idílicos centrados en ver a los niños como objeto de protección, posicionándolos como sujetos de derechos desde los principios de titularidad, interés superior, prevalencia de los derechos, protección integral y corresponsabilidad (Cely, 2015).

No hay justicia más noble en el mundo que aquella que procura salvaguardar los derechos de los niños y niñas como la generación del futuro, esa que lleva inmersas los sueños y la esperanza de una sociedad de paz, libertad, felicidad y dignificación humana que las personas anhelan, por lo que resulta más que un deber moral uno social con repercusiones jurídicas que se conviertan en la ruptura del viejo paradigma de los niños como simples objetos de protección, a unos niños y una juventud que se le valora, a la que se le comience a dar voz, debido a que no son simples cosas muebles a la expectativa de que el buen arbitrio de la población y el Estado los trate de la

mejor manera, sino que hay que mirar con los gafas del respeto por los derechos humanos, es decir, empezar a comprender que en esencia son verdaderos sujetos de derechos (Arias, 2017).

En la actualidad unos de los problemas que enfrenta Colombia es la desprotección a la niñez, causada por la privación temporal o definitiva de la patria potestad, ello como consecuencia de diversas acciones contempladas como causales que legalmente deslegitiman a los padres del ejercicio de tal facultad.

Las situaciones de vulnerabilidad e inadecuado ejercicio de la patria potestad en ocasiones se presentan cuando por la necesidad imperiosa de esos padres de familia por buscar mejores fuentes de trabajo, mejor calidad de vida, en procura de mejores días para su familia, mejores ingresos, sacrifican los derechos de los niños y niñas, convirtiéndose tal accionar en un incumplimiento de los deberes como padres (Domínguez, 2007).

No cabe duda que la falta de relaciones afectivas entre los menores y sus progenitores, va a causar un desequilibrio social, producto de una juventud inestable con carencia de valores, por cuanto a los niños y niñas se les está obligando a convivir con tíos, abuelos y aún con personas que no tienen ningún vínculo de consanguinidad, es decir, sin parentesco ni mucho menos alguna regulación legal, atentándose de esta manera a que sus derechos sean amenazados o vulnerados por abuso u omisión de quienes están a su cuidado, los mismos que además están distorsionando los preceptos jurídicos de la Patria Potestad, quienes muchas veces obstaculizan a toda costa la relación afectiva con sus progenitores cuando estos buscan la reagrupación familiar, en algunos casos hasta por demás inhumana han llegado a extorsionar económicamente a sus progenitores a pretexto de su cuidado, sujetos que también se atribuyan derechos que sólo los padres tienen sobre sus hijos (Pérez, 1990).

El Derecho Internacional de los Niños busca concientizar al Estado Colombiano a proponer

medidas que salvaguarden los derechos de los menores por encima de cualquier situación que suponga la vulneración o el goce ineficiente de sus derechos. (Álvarez, 2011)

Ante este fenómeno social hay que facilitar encontrar la solución legal adecuada, por lo que éste trabajo va dirigido al beneficio de los menores, pues pretende que los derechos de los niños y niñas no sean vulnerados, sin alterar el ejercicio de la patria potestad o tutela que supone la imposición de ciertos deberes que sustentan la solidaridad y el compromiso que se tiene como sociedad humanitaria en la lucha de la injustificada desprotección de los derechos.

### **Aproximación a la tipología investigativa**

#### **Delimitaciones de la investigación**

##### ***Delimitación del problema objeto:***

Aplicación del Principio del interés superior del niño contemplado en el tratado internacional de La Declaración Universal sobre los Derechos de los Niños de 1989 y en la ley nacional del Código de la Infancia y la Adolescencia en el marco del ejercicio de la patria potestad en Colombia.

**Delimitación espacial:** El presente trabajo se enfoca en la aplicación de la Declaración Universal de los Derechos de los Niños en el Estado colombiano, pues dentro del ámbito estatal de este territorio es que se ha venido presentando la problemática de la aplicación del principio del Interés Superior del Niño en los procesos de pérdida y suspensión de la Patria potestad de los niños que viven dentro de este espacio nacionalizado.

**Delimitación temporal:** La temática que se abordará en la presente investigación se ubica temporalmente entre los años 1991 y 2019. Se eligió este periodo temporal debido a que en el año 1991 fue adoptado a través de ley de la República por el Estado Colombiano la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989, en efecto, siendo el propósito de ésta investigación resaltar la fundamentación que dilucida tal convención internacional como fuente de los

principios que se ponen en juicio en los procesos de pérdida y suspensión de la patria potestad, no se escapa del sentir de la investigación tomar ese contexto histórico para la comprensión y eje central del proyecto investigativo.

**Delimitación científica:** Se delimita al área del derecho civil en Colombia.

### *Líneas*

Se encuentra enmarcada la investigación dentro de la línea de investigación Neurociencia Cognitiva y Salud Mental, y a su vez relacionada dentro de la sub línea del campo de conocimiento de derecho y ciencias políticas, relaciones individuo.-estado, democracia y ciudadanía, lo anterior fundamentando en el objeto de la investigación y su afinidad a función social que debe soportar el ordenamiento jurídico en especial la figura de la patria potestad en relación con la aplicación del interés superior del niño, que a su vez presupone la existencia de una relación sine qua non, entre el individuo afectado o que busca garantizar sus derechos y el estado como garante de los mismos.

**Línea de investigación:** Neurociencia Cognitiva y Salud Mental

**Sublínea:** Relaciones Individuo-Estado, Democracia y Ciudadanía.

## Capítulo II

### Marcos Teóricos y de referencia

#### Antecedentes de la investigación

A continuación, se procede a presentar el resultado de un esquema riguroso de revisión de literatura científica especializada referente a los antecedentes de la presente investigación.

Se advierte en ese orden de ideas, que en este apartado se pretende realizar un estudio de la literatura actualizado sobre la figura de la Patria Potestad en relación con el Interés Superior del

Niño, presentando la postura y el resultado de otros investigadores que han tratado en los últimos años el tema objeto de estudio de esta tesis, haciendo alusión a lo que se sabe sobre el mismo y las cosas más relevantes que se han expresado en diversas legislaciones del mundo sobre ello.

El ecuatoriano Salim Marcelo Zaidán Albuja (2016) en su tesis de Maestría en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar con sede en Ecuador, titulada “El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa” realiza un importante análisis de la necesidad armonizar la constitución de la República con las demás normas para que exista una correcta distribución de responsabilidad parental, así pues, nos dice: El problema del prejuicio en temas de familia reafirma la pre asignación de roles de padre y madre y en caso de ruptura de divorcio o separación propicia desequilibrio en la distribución de responsabilidades con respecto a los hijos y puede incidir negativamente en la crianza de los hijos llegando incluso a la alienación parental. (p. 20).

En Argentina, Aguilar (2018) ha manifestado respecto a la Convención Universal de los Derechos del niño de 1989 y el principio garantista en relación a su aplicación en su país que “se ha sostenido que el interés superior del niño es un principio garantista, ya que en toda decisión que afecte a un niño, el axioma se ubica en la cúspide del orden de preferencia, por lo que debe prevalecer sus derechos humanos, observancia imperativa que es impuesta al legislador, a las autoridades e instituciones (públicas y privadas), y a los padres.” (p. 27) con lo que el autor reafirma que respetar los derechos humanos por el legislador implica igualmente la protección de la Convención en la medida que aplica el principio del Interés Superior del Niño.

En España, Rodríguez (2018) hacen alusión a la Fundamentación Constitucional de los derechos derivados de la Patria Potestad en el marco de un proyecto de investigación Tras el escándalo de las prótesis mamarias Poly Implant Prothese, “surgió la necesidad de realizar una

revisión de la situación actual legislativa del consentimiento informado del menor de edad en cirugía estética, la investigación concluyó que en España no existe una normativa específica nacional sobre las intervenciones quirúrgicas con finalidad estética en menores de edad”(p.1) siendo la misma medida legislativa imperiosa en interés superior del niño.

Lehmann, R.B. (2017) hizo una investigación detallada en Chile, en la cual precisó “cómo los principios de interés superior del niño, en un comienzo, y, de corresponsabilidad, de forma posterior, han ido modificando las formas de custodia unilateral” (p.1), de esta forma corrobora la idea de intromisión del principio del interés superior del niño en las diferentes esferas que rodea el derecho de familia dentro de la legislación de la referencia.

Revisadas las tesis sustentadas en la Escuela de Postgrado de la Unasam dentro de su repositorio web se pudo encontrar el siguiente trabajo perteneciente a: Yakelyn Melisa, Rosales (2019), en su tesis de maestría titulada: “El interés superior del niño y adolescente como fundamento para la imprescriptibilidad del cobro de la pensión alimenticia en la legislación peruana”, donde el autor expresa los diversos factores jurídicos necesarios para resaltar la necesidad imperiosa a la luz del principio del interés superior del niño de una modificación profunda respecto al derecho de lo que los peruanos llaman la pensión alimenticia, en concordancia a lo largo del trabajo de grado de maestría se sostiene la tesis de que: “es conveniente que se haga primar el interés de los menores de edad, quienes no se deben perjudicar por la falta del cumplimiento de sus padres en el cobro de la pensión” (Rosales, 2019, p.2).

En ese sentido, afirma en una de sus principales conclusiones del trabajo que, “permitir la prescripción de la ejecución de la sentencia sea a los dos o a los diez años, sería avalar la conducta irresponsable de los padres que, amparándose en ésta (prescripción), dejarían de cumplir con la responsabilidad que, por el solo hecho de ser padres, tienen de acuerdo a nuestra

legislación y al derecho natural”( Rosales, 2019, p. 124), en definitiva ésta tesis resultó ser una recomendación legislativa dadas las circunstancias actuales de la legislación peruana y confirma la regla bajo el interés de la presente investigación, que el interés superior del niño como principio medular de derecho internacional, debe estar por encima de cualquier situación formal o legal que le sea expresa y materialmente contraria.

Por último, se encuentra en España un artículo de una profesora de Maestría de la Universidad Internacional de La Rioja, relacionada con una homologación de sentencia en España proveniente de Conaky en la República de Guinea, manifiesta el autor Santaolalla, (2019), “una sentencia de Conaky República de Guinea, en la que los padres renuncian a la patria potestad de su hija menor, con objeto de que, al reconocerla en España, sus tíos, que viven en España, ejerzan la tutela.” (Santaolalla, 2019, p.1), en efecto, la presente investigación supone un proceso de renuncia a la Patria Potestad que ejercen los padres sobre su menor hija, lo cual, en las dos instancias los tribunales españoles consideraron la irrenunciabilidad de la patria potestad, pero en protección de la niña les concedió a sus tíos la guardia con funciones tutelares para brindarle protección.

### **Bases teóricas**

Para la presente investigación se tendrá en cuenta la postura expuesta en la investigación científica titulada “Restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar” publicado en la revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud por los coautores investigadores científicos de la Universidad Nacional de Colombia: Ernesto Durán Strauch, Camilo Andrés Guaquetá Rodríguez y Astrid Torres Quintero.

Luego de un rastreo documental exhaustivo referente a la temática de investigación del presente proyecto investigativo, queda claro que se basará sin duda, en los hitos emancipatorios

de derechos de los niños, empezando por la Declaración Universal de Los Derechos del niño de 1989, tomando la referencia de La Constitución Política de Colombia de 1991, Código Civil, Código de La Infancia y La Adolescencia, la legislación vigente en Colombia y demás tratados Internacionales a la luz del Derecho Comparado de los menores.

En efecto, en este marco teórico se van a presentar una serie de autores que además de los ya citados sustentan por un lado lo que se refiere a la Patria Potestad y otros frente al Interés Superior del niño, todo lo anterior, en el marco de la convención de los derechos de los menores sin desconocer las normas y demás principios del derecho de familia, sustentando así la investigación en torno a la conceptualización teórica.

Colombia ratificó en 1991 la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, sólo hasta el año 2006 se expidió un nuevo Código de Infancia y Adolescencia que adecua la legislación a los compromisos internacionales. Este marco jurídico que pretende establecer condiciones para el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, se enfrenta a un entorno institucional con una larga tradición caracterizada por el asistencialismo y basada en el llamado paradigma de la situación irregular. (Durán, Guaquetá & Torres, 2011, p.550)

En el año 2016 los autores Juan Carlos Torres Medina y Jesús David Trujillo torres hacen alusión a la Fundamentación Constitucional de los derechos derivados de la Patria Potestad en el marco de un proyecto de investigación institucional de la Pontificia universidad javeriana perteneciente a la facultad de humanidades y ciencias sociales en su programa de derecho, del cual se concluyó que la patria potestad es una institución jurídica de carácter bilateral que genera derechos y obligaciones a las partes que las conforman, sin dejar de lado que su objetivo principal es salvaguardar el interés superior del niño, además frente el paradigma jurídico de la legalidad se rompió y en la actualidad se enfrenta ante el fenómeno de la constitucionalización del derecho,

que obliga a que todas las ramas de esta ciencia sean analizadas e interpretadas con base en el instrumento constitucional aplicable, de igual forma que con las teorías que resulten compatibles con el modelo de estado vigente, que para nuestro caso es el estado constitucional de derecho.

Para desarrollar la variable principal, se tendrá en cuenta primero sobre la definición de la patria potestad, pues los autores Díaz Picazo, Luis y Antonio, Guillón (2010) manifiestan que la patria potestad no tiene una relación de familia vertical (padre/hijo) sino una de relación de familia horizontal (padre-hijo) en la que tanto uno como otro tienen derechos que gozar, así como deberes que cumplir. Además, agrega que se debe tomar en cuenta los intereses de los hijos por sobre las atribuciones del padre; pues su finalidad es permitir que los padres busquen y logren el desarrollo de sus hijos de forma integral. (Díaz y otros, 2010, p. 284)

Por otra parte, el autor Fernández Clérigo, Luis (2009) manifiesta que la patria potestad tiene una función protectora de carácter social y casi público sobre los hijos que son menores de edad. Es tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y cuidar a la persona y patrimonio de su prole; así se configura como un típico caso personal- familiar en el que facultad (derecho) está estrechamente relacionado con la obligación (deber) entre ambas partes. (Fernández, 2009, p. 279) Es por eso, que el autor Borda, Guillermo (2012) refiere que la patria potestad no es un mero subjetivo, sino un complejo indisoluble de derechos y deberes. (Borda, 2012, p. 309).

### ➤ **Derecho de los niños y la familia**

“La familia no es persona natural, ni jurídica, ni organismo jurídico, sino una institución jurídica y social que es regulada por el derecho para imponer a sus miembros –cónyuges, hijos–

deberes y derechos para el cumplimiento de sus funciones” (Monroy-Cabra, 2012, p.16).

De acuerdo con López (2005) a partir de la definición de familia en Colombia, se puede señalar que existen un conjunto de normas que regulan, protegen y organizan la familia. En consecuencia, existen normas jurídicas que están diseñadas con el objetivo de regular las relaciones personales y patrimoniales. Por tanto, se denomina derecho de familia a “las vinculaciones jurídicas establecidas por ley respecto a los individuos que han contraído matrimonio o que están unidos por parentesco” (Rossel, citado en López 2005, p. 15).

También puede denominarse Derecho de Familia, “al conjunto de normas que regulan las relaciones familiares, principalmente entre los esposos, los padres e hijos, sin desconocer otros tipos de parentescos o relaciones” (López, 2005, p. 15). Este autor postula que la ubicación del derecho de familia sistemáticamente pertenece a una disciplina del derecho privado. Sin embargo, existen algunos autores como Suárez (2006) que afirman que el mismo pertenece al derecho público, a sabiendas que el derecho público es el conjunto de normas que regulan la organización y actividades del Estado. Ahora bien, cabe mencionar que el carácter público no necesariamente va a correlacionar con la naturaleza de orden público que pueda tener la norma. Dicho de este modo, tendrá el carácter de norma de orden público aquella que no pueda ser dispuesta por los particulares en razón de intereses sociales superiores.

De acuerdo con Álvarez (2011): “La familia, como célula infraestatal, es el factor esencial en la organización de la sociedad y del Estado; esto explica por qué en las naciones civilizadas se han expedido estatutos que reglamentan los derechos y obligaciones surgidas de su seno” (p.32).

La familia debe posibilitar armónicamente unas condiciones solidarias y dignificadoras, en la medida que la protección que otorgan los familiares del niño debe ser aplicada y comprendida de forma incluyente y pluralista, porque como expresa Marín, Riquett, Pinto, Romero y Paredes

(2017); los familiares, como actores comparten la concepción, naturaleza, alcance de su participación y las posibilidades que tienen de contribuir efectivamente a resolver sus anhelos garantistas.

En ese sentido, como señalan Hernández, Meléndez y Meza (2016: 1-4): La responsabilidad del ente familiar sin embargo no es tarea exclusiva de los miembros investidos con la patria potestad, de hecho “las políticas sociales de diferentes países se han establecido entre sus prioridades la atención directa e indirecta a la familia” (2016, p 1)

De esa forma desde su autoridad institucional pública ha trasladado el concepto de corresponsabilidad y de solidaridad hacia órganos y organizaciones en materia de atención familiar. En consecuencia, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los que irresponsablemente incumplen porque reiteramos los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás sujetos protegidos.

El Derecho de Familia debe considerarse como parte del Derecho Civil, y que en sus normas existe un marcado carácter público dado el interés del Estado en que se respeten los poderes-funciones involucrados en sus relaciones jurídicas (López, 2005). Se hallan posturas de quienes afirman la naturaleza privada del Derecho de Familia, en la medida en que el Derecho Privado responde a un conjunto de normas que regulan lo relativo a las relaciones personales de particulares entre sí. Sin embargo, se considera que aun cuando esta sea una disciplina del Derecho Privado, la modificación de las estructuras sociales, la necesidad del Estado de organización y estabilidad, han permitido que este comparta elementos de naturaleza pública (López, 2005).

En consecuencia, la familia es considerada como el primer entorno natural en donde los

miembros que la conforman evolucionan y se desarrollan en términos afectivos, físicos, intelectuales y sociales (Ceballos, 2013; Murueta & Osorio, 2009; Rubiano & Wartenberg, 1991).

Por ello, la familia, es la entidad social encargada de transmitir los valores y tradiciones al grupo de personas que la componga, en tanto a la producción y reproducción de los mismos (Vela, 2015). En consecuencia, de ello en el artículo 42 de la Constitución Política de (1991) define la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad que 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 conformar” (p. 17).

Con la definición anterior se puede decir que la familia, la sociedad y el Estado tienen y están en la obligación de asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En este orden de ideas, se entiende que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores frente a la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, se considera que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

El Artículo 44 de la Constitución Política de 1991 consagra que 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.

Tal como lo ha apuntado Sandoval (2014), la Constitución Política colombiana taxativamente ha establecido a la familia per se, como representante de un pilar fundamental que además de su rol moral y pedagógico es la principal fuente de crecimiento y estabilidad que brinda medidas de protección a los miembros que la conforman, lo cual va en el ritmo que predica la coherencia de un Estado Social de Derecho, fundamentado en la dignidad humana; "la formación de diversas uniones, así como su desarrollo y acceso a derechos fundamentales, despliega un amplio estadio para el cumplimiento de los fines de ese Estado Social" pues el mismo ha de garantizar el desarrollo integral y el ejercicio pleno de los derechos de todos y por lo tanto esa universalidad incluye a los niños. (p. 367)

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 (p. 19).

La familia requiere en su contexto garantista procurar una convivencia social lo cual debe ser el resultado de la sumatoria de valores pluri-compartidos en el sentido de Hernández y Robles (2016); tales como responsabilidad, honestidad, solidaridad justicia, entre otros que generan un marco de interacciones armoniosas y tendientes a la construcción de un mundo plural e inclusivo acorde con las necesidades actuales e históricas para lograr rescatar a los niños y las niñas de la violencia (p.92)

En el plano internacional la Declaración de los Derechos del Niño de emitida por las Naciones Unidas en (1959) cuyo Principio 2º, dispone que la niñez “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral,

espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (p. 2).

La historia de los derechos del niño empieza en el siglo XIX. Anteriormente, no existían disposiciones particulares que protegieran a los niños. En la Antigüedad, en la Edad Media, en algunas regiones del mundo, los padres incluso tienen derecho de vida y de muerte sobre sus hijos. Siglo XIX: el niño debe ser protegido

El siglo XIX marca el inicio de la historia de los derechos del niño. Este es considerado como en ser que necesita ser protegido. Por primera vez en Europa, hay leyes que regulan el trabajo de los niños. Progresivamente, diferentes textos jurídicos estimulan o hacen obligatoria la escolarización de los niños y la sociedad reconoce que el niño no pueda ser considerado como un adulto.

En el siglo XX: el niño se convierte en sujeto de derechos, la historia de los derechos del niño se acelera en el siglo XX. En 1919, la Sociedad de Naciones (SDN) crea un Comité de Protección de la Infancia. Cinco años más tarde, adopta la Declaración de Ginebra (en francés), primer texto internacional sobre los derechos específicos del niño, que se inspira en los trabajos de Janusz Korczak, considerado como el padre de los derechos del niño.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la historia de los derechos del niño atraviesa varias etapas clave con la creación de la ONU, Organización de Naciones Unidad.

Desde 1991, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU vela de manera continua sobre la ejecución de la CDN. El BICE, con otras ONG, está asociado a este trabajo.

La religión ha tenido un papel trascendental en la contemporaneidad, pues los derechos del niño en la Iglesia Católica desde la Doctrina Social de la Iglesia Cristiana dan un gran lugar al

niño y a sus derechos fundamentales. Reservando esta iglesia católica la atención especial a los niños, sobre todo, el reconocimiento público en todos los países del valor social de la infancia: Ningún país del mundo, ningún sistema político, puede pensar en el propio futuro de modo diverso si no es a través de la imagen de estas nuevas generaciones.

Los tratados internacionales que el Estado colombiano ha ratificado y que, por tanto, son parte del derecho interno de conformidad con el artículo 93 de la Constitución política el cual contemplan esta premisa: el ejercicio de la potestad sobre los hijos corresponde de forma primaria y primordial a los progenitores.

Entre los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños, y que Colombia ha ratificado, destaca la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. El Preámbulo de la Convención destaca que la familia de origen es el hábitat natural e idóneo para el desarrollo del menor.

El artículo 9.1 de la referida convención establece que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto mediante un proceso legal si es necesario para el mejor interés de los menores y los diversos numerales 18.1 y 27.2 de la convención en comento señalan que corresponde a los padres la responsabilidad principal en la educación de sus hijos.

Veamos:

“Artículo 9. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos de privación y suspensión de patria potestad.” (Convención de las

Naciones Unidas sobre los derechos del niño).

➤ **Convención universal de los derechos del niño de 1989**

Manifiestan Durán, Guaquetá & Torres (2011), que luego de aprobada la Convención, ha habido un esfuerzo importante por transformar los marcos jurídicos nacionales adaptándolos a los principios de esta. Colombia es uno de los últimos países en la región en hacer esa transformación, la cual ha generado una expectativa importante sobre los cambios que se producirían tanto en la vida de niños, niñas y adolescentes, como en el cumplimiento efectivo de las responsabilidades que el Estado tiene ante ellas y ellos (p.558). Los instrumentos internacionales, consagran un holgado estudio frente a la protección de los menores, de los cuales resulta pertinente resaltar puntualmente, lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 establece, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. (C. Const, A. Rojas, C-200,2014)

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La UNICEF, citada por Cely, (2015), expresa que la convención de los derechos de los niños fue proclamada el 20 de noviembre de 1989 y obliga a los estados partes a cumplir con las

estipulaciones acordadas; se presenta como el instrumento para que los países implementen medidas necesarias para la protección y garantía de los derechos de los niños y niñas y la prevención de situaciones de riesgo y vulneración de los mismos. Esta los refiere como sujetos de derechos, dejando atrás la percepción pasiva y de protección, reconoce sus capacidades y la necesidad de brindar las condiciones adecuadas para un goce efectivo de los derechos humanos desde la titularidad, prevalencia de los derechos, protección integral, el interés superior y la corresponsabilidad. (p.44)

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político- social basado en

la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad, y por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social. Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia, el segmento de personas que tienen entre cero y doce años, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

### ➤ **Interés superior del niño**

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y

armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de interés superior del niño.

El Código de infancia y adolescencia al respecto se sustenta principalmente en el principio del interés superior del niño por un lado cumple una función de carácter interpretativo, esto es que toda disposición debe interpretarse en función de satisfacer el interés superior de niños y niñas, y por el otro cuenta con un carácter prevalente, lo que quiere decir que en la resolución de los conflictos o diferencias, todos los actores le deben dar prevalencia a la aplicación de este principio. (Durán, Guaquetá & Torres, 2011, p.550)

Según señalan Hernández y Romero (2019), "el interés superior del niño al ocupar la categoría jurídica de "principio" adquiere una connotación interpretativa, y es que dentro del ordenamiento jurídico los principios ordenan las demás normas subyacentes teniendo una posición jerárquica privilegiada". (2019, p 857)

El interés superior del niño ha tomado el carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

La evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres.

Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres.

Se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

Es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo *interés superior* pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo *declarado derecho*; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser *interés superior*.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella *no constituye* soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver "conflictos de derechos"

recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

Lo exponen las Sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Cfr. Exp. 01141-2009-00360, 01015-2011- 00023, 01015-2011-00092.

El Interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos de los niños y Niñas, en efecto el Interés Superior del Niño se define como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir.

Los niños deben tener la posibilidad de consolidarse en el universo normativo que regularan sus actuaciones normativas, para en ese sentido ser tenidos en cuenta como sujetos de derecho, verdaderamente considerados y valorados por el Estado y sus instituciones protectoras a su servicio-

### ➤ **Patria potestad: concepto y características**

La patria potestad es una institución del derecho de familia que por su evolución histórica y su

relación directa con la tutela del interés del hijo menor<sup>1</sup> no emancipado, goza de plena protección legal y constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano. Teniendo en cuenta la configuración romana del sistema jurídico en Colombia y vínculo derivado existente entre el derecho de familia y el derecho civil, se puede identificar el origen de la patria potestad en la antigua tradición jurídica romana; en ese sentido anota el tratadista español José Álvarez:

La patria potestad es propiamente el elemento estructural definidor de la familia romana y el fundamento de su Constitución política. La familia romana es un órgano político, y se define como el conjunto de individuos reunidos bajo la potestad del padre; sólo el padre de familia tiene personalidad (ciudadanía). En su origen la potestad familiar es absoluta (*ius vitae et necis*) y perpetua (Álvarez, 1988, p. 22)

Es así como, el poder paterno se convirtió con el tiempo en una función que debía equilibrarse, es decir que las situaciones fácticas que envolvían su ejercicio debían estar acordes a un principio, el cual no fue diverso al de la función limitada, en palabras de Monroy (2017) debía tratarse de una situación preferencial en el que jugaba un papel central el que los hijos no debían ser expuestos, es decir, su exposición debía ser prohibida por parte de los titulares de la patria potestad, esto ocurrió, como lo ha dicho Monroy Cabra desde la época de los jurisprudencias clásicas y según diversos autores desde el imperio cristiano con la caída del imperio romano de occidente.

Lo anterior significa también en palabras de Monroy Cabra (2017): la ruptura de la concepción de la patria potestad como una rotunda y perpetuo poder del padre.

Es claro entonces que la patria potestad es una institución jurídica de vieja data, sin embargo, sus mutaciones históricas no son el objeto de estudio del presente trabajo de investigación,

aunque la identificación histórica realizada se torne necesaria para comprender su trascendencia.

Hoy, como en la antigua Roma, el concepto de familia es uno de los pilares básicos de la sociedad, y frente al concepto de familia en este cuadro paralelo, el establecimiento de la patria potestad es un tema insoslayable, que cada vez cobra más espectro de aplicación, pues es de recordar que en la Antigua Roma era entendida bajo una concepción sine qua non e irrestricta que se conoce como premisa “in potestate nostra sunt liberi nostri quos ex iustis nuptiis procravimus”, a diferencia de los tiempos actuales, donde la patria potestad –como se observará en líneas venideras- se predica no sólo de los hijos menores producto de una unión nupcial, sino de todos aquellos que por vínculo de sangre o civil se consideren hijos. Lo anterior, sin dejar de lado que en la antigüedad sólo se ejercía por el padre, concepto que hoy se encuentra revaluado al otorgar dicha titularidad a ambos padres (Torres Medina & Trujillo Torres, 2016)

Según Torres Medina, J. C., & Trujillo Torres, J. D. (2016) el contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos, lo que implica la adecuación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fin de que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere - salvo en situaciones de carácter excepcional- tanto de la figura del padre como de la madre.

El esencial principio del "favor filii" de tal modo se erige en criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos afectantes a los menores que incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán observables si resultan lesivos para los hijos, de tal manera que pueden ser limitados o suspendidos de oficio en caso de concurrir circunstancias que así lo aconsejen, por no imperar con todo rigor en este ámbito el

principio del mayor beneficio para el menor, cuya intervención en el procedimiento está prevista en determinadas condiciones como medio favorecedor de la búsqueda del prevalente interés de aquél. (Torres Medina, J. C., & Trujillo Torres, J. D., 2016)

➤ **Connotación jurídica de la patria potestad**

Para efectos de dar practicidad a la lectura, en cuanto a lograr que el lector llegue a un cabal entendimiento de la figura de patria potestad, se capta que la mejor manera de abordar su connotación jurídica es proponer un modelo de definición que aborde la visión doctrinaria, la normativa y por último, la jurisprudencial. Esto para dar un alcance lógico que se matice con la línea argumentativa del texto de investigación, que en su summun de objetivos se caracteriza con un enfoque constitucional que sobrepase la barrera del simple análisis normativo.

a) Definición de patria potestad desde la doctrina.

Para la tratadista Alicia Elena Pérez Duarte, La naturaleza jurídica de la patria potestad en la modernidad implica la observancia de los derechos del menor y ya no el derecho de disposición que en la antigüedad se aplicaba respecto del pater familia. Sobre esta línea argumental camina la tratadista Alicia Elena Pérez para construir su concepto doctrinario de patria potestad:

Es una institución que se presenta como de asistencia, protección y representación de los niños y niñas cuya filiación esté clara y legalmente establecida. Para cumplir estos fines tiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados a través de la norma jurídica. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre-madre, abuelos y abuelas tanto por línea paterna como materna. Se refiere tanto a la persona del menor como a sus bienes, y tiene el objeto, dicen los autores, de facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que padre y madre tienen sobre sus hijos e hijas [...] Efectivamente, no se trata de una potestad

del padre sobre los hijos como su nombre lo indica, sino del conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que deben a sus hijos. (Pérez, 1990, p. 61).

Para María de Montserrat Pérez, quien guarda una similitud conceptual con la definición propuesta por Pérez Duarte, identifica que “La patria potestad consiste en la regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil y/o familiar sobre los hijos y sus bienes. Implica el reconocimiento de los mismos con el fin de proveer a la protección y desarrollo integral de los hijos menores. En el ejercicio de la patria potestad y de la custodia de los hijos existen dos clases de interés: el moral y el material. El primero referido a la asistencia formativa, y el segundo, a la asistencia protectiva. Dichos intereses se pueden resumir primordialmente en la finalidad de que en el interés de los hijos se les provea de la más sana, completa y eficiente formación espiritual y psicofísica, sociológica, ambiental y afectiva, para un desarrollo integral, lo cual requiere del buen ejemplo de los padres” (Pérez, 1990, p. 151). En este sentido, bajo la óptica de María de Monserrat, la patria potestad comienza a identificarse como algo más que un mero derecho de los padres del menor para pasar a ser un vínculo jurídico generador de derechos y deberes, siendo éstos últimos integrales, en el entendido que incluyen premisas que obedecen tanto al interés moral como al interés material del menor no emancipado.

En María de Monserrat se identifica claramente que el objetivo central y prácticamente irrestricto de la patria potestad es la tutela del interés del menor, que es superior a cualquier otro tipo de interés aspecto que será analizado en la definición jurídica y jurisprudencial-, por lo que individualiza una serie de principios que pueden servir de medida evaluativa del ejercicio de la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad tendrá como base y fundamento el principio del interés superior de la infancia. Se entiende como interés superior de la infancia o del menor: la prioridad que ha de darse a los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, respecto a los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) El acceso a la salud física y psicológica, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal.
- b) El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar.
- c) El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos.
- d) Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo con la edad y madurez psicológica y emocional. (Pérez, 1990, p. 152)

Para la doctrina, a la luz de las tesis jurídicas contemporáneas, la potestad familiar ha dejado de ser absoluta y perpetua, a contrario sensu, como se detalla en los planteamientos de doctrina citados, se haya supeditada a una gama de principios –que bien pueden ser objetivos-, lo cuales delimitan su ejecución por parte del titular, quien siempre deberá actuar en pro del interés superior del menor.

La doctrina no desconoce en la patria potestad su característica central de protección hacia el menor. En palabras del reconocido abogado Luis Alberto Domínguez Giraldo: “[...] la patria potestad entonces no es un derecho de los padres sobre sus hijos, sino un deber de proporcionarles los correspondientes derechos a los menores, que, como conducta debidamente introyectada por los padres a nivel del entorno familiar, permitiría a los hijos y en general a la familia, que crezcan en ambientes más propicios para cumplir los sueños de formar personas

útiles a la sociedad” (Domínguez, 2007, p.17). Si bien es cierto, en este aparte del Domínguez Giraldo no se habla de un derecho-deber, dada su posición ideológica, sí se reconoce el componente esencial que han delineado los diferentes tratadistas sobre la patria potestad, que es precisamente la salvaguardia del interés superior del menor, reconociéndolo como un ser que debe asimilar la función social como persona cuando le corresponda interactuar con la sociedad, una vez superadas sus etapas de desarrollo relativas a la niñez.

En ese orden de ideas, compilando las premisas de los autores referenciados, se puede afirmar que, para la doctrina vigente, la potestad familiar se define como una figura jurídica categorizada como derecho-deber de la que gozan los padres respecto de sus hijos no emancipados –y mayores con incapacidad mental-, que por su connotación generadora de derechos y deberes, crea una relación vinculante que inmiscuye a los hijos como parte de la institución. No es una potestad absoluta ni perpetua y los derechos que de ella se derivan frente a quienes la ejercen, deben practicarse en beneficio de los hijos.

#### b) Definición de patria potestad desde la normatividad vigente.

Superada la fase de conceptualización desde la doctrina jurídica, es procedente abordar la definición de la patria potestad desde la normatividad vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Partiendo de la línea argumental deductiva (Behar, 2008, pp. 39-41), es preciso abordar en primera instancia las normas genéricas que guardan relación con la patria potestad, como las disposiciones constitucionales, bien sea porque estén contempladas en la Carta política de 1991 o porque se incluyan mediante el bloque de constitucionalidad; para al final derivar en las normas dispositivas de carácter específico que definen el núcleo de la potestad familiar, como la

reglamentación ofrecida por el Código Civil Colombiano y la Ley de infancia y adolescencia.

La Constitución política de Colombia de 1991 contiene dos disposiciones que resultan claves para desarrollar el concepto vigente de patria potestad, estos son en su orden, el artículo 42 – definitorio de la familia- y el artículo 44 –sobre los derechos fundamentales de los niños-. Así mismo, por concepto de bloque de constitucionalidad, se debe tener en cuenta a su vez las disposiciones de tratados o convenios internacionales que habiendo sido ratificados por Colombia, versen sobre Derechos Humanos, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, carta internacional que en su artículo 19 hace referencia a los derechos del niño.

Se dijo con anterioridad que en el ordenamiento jurídico colombiano la familia se constituye como el núcleo de la sociedad, al menos así lo ha definido el artículo 42 constitucional:

Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia [...] Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable [...] (Constitución, 1991)

Se puede analizar con facilidad que en la definición constitucional de familia el hijo menor

juega un papel primario, pues es reconocido como integrante de la familia y le es exhortada la titularidad de ciertos derechos y deberes que luego serán desarrollados parcialmente en el artículo 44 constitucional. Por último, en lo que respecta al artículo 42, hay dos afirmaciones que inducen el debate sobre la patria potestad y su estructuración, estas son: *Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley*, que más adelante, cuando se traten las causales de privación de la patria potestad, se convertirá en uno de los sustentos constitucionales de dicha posibilidad; y por último, la expresión *la ley reglamentará la progenitura responsable*, no hace referencia a otra cosa más que el debido ejercicio de la paternidad, que en otras palabras es el ejercicio correcto de la patria potestad, el cual será definido por los instrumentos legales. En lo que tiene que ver con el texto constitucional en sentido estricto<sup>5</sup>, el otro artículo que puede ayudar a cimentar una definición normativa de patria potestad es el artículo 44, por medio del cual se establecen una serie de derechos fundamentales para la niñez, como 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.

El artículo en mención complementa adecuadamente lo dispuesto en el artículo 42 frente a la adjudicación de derechos al hijo menor y el buen ejercicio de la progenitura, dado que esta gama de derechos se consolidan en esencia como los derechos que la sociedad y en especial los padres, deben garantizar al hijo menor no emancipado. Como se puede ver, algunos de los derechos relacionados en el texto constitucional están íntimamente relacionados con la relación padre-hijo. De otro lado, al igual que el artículo 42, induce la posibilidad de que la ley contemple sanciones o restricciones cuando estos derechos no sean garantizados por quienes les corresponde: *Cualquier*

*persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores*, premisa que por supuesto, incluye a los padres cuando no ejercen de forma debida la progenitura.

El artículo 44 también deja sentado de antemano un principio constitucional que será vital para resolver el debate de la ponderación que más adelante se traerá a colación, ya que con la aseveración *los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*, deja por sentado que estas garantías siempre gozarán del equilibrio de la balanza a su favor.

Para terminar con los enunciados normativos de carácter genérico, es menester acudir al Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, específicamente al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos que regula lo concerniente a los derechos del niño, indicando que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

No existe duda de que, en esta disposición, que forma parte integral de la Constitución por bloque de constitucionalidad, se deja por sentado que la familia debe ejercer una protección especial sobre el menor y el Estado está en la obligación de generar herramientas jurídicas que garanticen dicha protección.

Los enunciados normativos que se han citado y desarrollado cumplen con el objeto de orientar de forma general la temática de la patria potestad. Acto seguido, propio del método deductivo empleado en la redacción de este entramado conceptual, debe hacerse referencia a las normas que de manera puntual y precisa abordan la conceptualización de la patria potestad, particularmente el artículo 288 del Código Civil que se encarga de definir la patria potestad, disposición que se

complementa funcionalmente con el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 o Código de infancia y adolescencia.

Para concretar la definición normativa de la patria potestad se trae a colación el contenido literal del artículo 288 de Código Civil:

Artículo 288. Definición de patria potestad. La patria potestad es el 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 les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro [...]. (Código civil colombiano, 1887)

Del texto normativo base se extraen varios aspectos: (i) la patria potestad se ejerce de forma conjunta por ambos padres, (ii) es un conjunto de derechos de los padres sobre sus hijos, los cuales se le otorgan en razón del cumplimiento de sus deberes paternos, y (iii) se predica solamente respecto de los hijos no emancipados.

Si bien es cierto no existe duda de que la patria potestad se predica respecto de los hijos no emancipados, ya sea por la minoría de edad o porque siendo mayores no cuentan con capacidad mental o física que les permitan disponer libremente de sus derechos, para efectos del trabajo de investigación que se desarrolla en este texto, el grupo de interés será el primero, es decir, los menores de edad.

A pesar de que la lectura del artículo 288 del Código Civil hace referencia exacta a la definición de patria potestad, da la impresión que se focaliza en su componente de garantía de los padres. Sin embargo, ha quedado claro desde la inducción constitucional del tema, que es una

figura que implica la efectividad de un derecho-deber, que no resulta muy claro de la lectura del artículo, razón por la cual se torna necesario complementar la definición con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006, en el cual se establece como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación.

La responsabilidad paterna es la expresión que termina de configurar la connotación de derecho-deber que tiene la patria potestad, pues habla de la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación y lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En este sentido, a nivel normativo la patria potestad puede definirse como la obligación jurídica que tienen los padres respecto del hijo no emancipado, la cual se traduce en un conjunto de derechos que llevan inmersos una serie de deberes que imponen la responsabilidad de tutelar los derechos de su hijo y velar siempre por los intereses que le sean más benéficos a éste, teniendo en cuenta la prevalencia del interés del menor en el ordenamiento jurídico local e internacional. Lo anterior, sin perjuicio de que se le pueda privar de dicha potestad cuando no la ejerza con el cumplimiento de las prerrogativas jurídicas.

#### a) Definición de patria potestad desde la jurisprudencia.

Guardando conducencia con los acápites anteriores respecto de los ítems que ya han sido abordados y agotados en lo referente al significado de la patria potestad, en este punto le corresponde a la jurisprudencia vincular esa serie de conceptos que se han tejido alrededor del tema. La jurisprudencia es sin duda el canal jurídico que vincula la estructura normativa con los elementos doctrinales y que sienta precedentes que mutan en doctrina vinculante y ejecutable.

Sobre la patria potestad, la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, se ha

pronunciado en reiteradas ocasiones, pero una de las providencias en donde más resalta la concatenación de los conceptos que se han abordado en el presente trabajo, se dio en la sentencia T-266 de 2016 con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, donde el máximo tribunal constitucional estudió el caso de una madre que demandó la sentencia que permite ejercer visitas domiciliarias al padre a pesar de haber sido privado de la patria potestad. En el fallo la Corte Constitucional sentó como elemento de razón y por ende, como precedente, lo siguiente:

La Corte ha señalado que la patria potestad es uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor de edad. Esta institución, ha dicho la Corporación, encuentra fundamento en el inciso 8° 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 de edad o incluso durante su formación profesional. Es, por ende, una institución jurídica creada 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 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. Como consecuencia de lo anterior, 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 de los niños y niñas, razón por la cual su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado puede derivar en sanciones para el progenitor. (Sentencia T-266, 2006).

Del juicio de razón de la Corte Constitucional se extraen las siguientes premisas ya

enunciadas en las definiciones previas: (i) la patria potestad es un instrumento por medio del cual el Estado garantiza la protección de los derechos del menor, (ii) se reconoce el contenido del artículo 42 constitucional como fuente del entendimiento actual de la patria potestad, (iii) se consolida la noción de patria potestad como derecho-deber, (iv) se acepta que la potestad paternal se ejercer no a título subjetivo sino en procura del interés superior del menor, y (v) se deja sentado que su ejercicio incorrecto puede derivar en sanciones jurídicas. Es claro que los conceptos se conjugan para demostrar que los significados que hasta ahora se han construido con la metodología propuesta no están errados.

La Corte Suprema de justicia, también ha conocido casos sobre la patria potestad, sobre todo en tutelas que se dirigen contra providencias judiciales. Tal fue el caso del expediente de tutela con radicación T-2006- 00714, conocido por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia:

Importa recordar que, como ya se anunciará, esa potestad no está consagrada en beneficio de los progenitores, sino en interés superior de los niños, quienes son protegidos, de manera especial, tanto por la Constitución como por los tratados y convenios internacionales. (Expediente de tutela 00714, 2006). De igual manera, la Corte Constitucional ha indicado:

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia. De esta forma, se garantiza que el ejercicio de la patria potestad se predique como un beneficio establecido para todos los hijos sin distinción alguna por el origen familiar. Entonces, la expresión “legítimos” contenida en el artículo 288 del Código Civil, será declarada inexecutable por desconocer los artículos 13 y 42 de la Constitución Política. (Sentencia C-404, 2013).

Ahora, considerando que en el marco normativo relacionado en el anterior punto de este capítulo se hizo referencia al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto, se adujo la prevalencia que este tipo de disposiciones tienen en nuestro ordenamiento interno según lo reglado en el artículo 93 de nuestra Constitución Política de 1991, es menester relacionar apreciaciones aportadas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en torno a la protección de la niñez, particularmente las que provengan de fallos de su principal órgano, a saber: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre la obligación de los Estados parte de la Convención en lo relativo a la protección de los menores, el tribunal transnacional expresó en Sentencia del 02 de septiembre de 2004 en el caso: Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay:

En el análisis sobre el posible incumplimiento del Estado de sus obligaciones derivadas del artículo 19 de la Convención Americana, añadiendo Torres Medina, J. C., & Trujillo Torres, J. D. (2016) que debe tenerse en consideración que las medidas de que habla esta disposición exceden el campo estricto de los derechos civiles y políticos.

Así, las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños. (Sentencia Caso: Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay, 2004)

En este sentido, según Torres Medina, J. C., & Trujillo Torres, J. D. (2016) es claro que, por bloque de constitucionalidad, dado que según la figura del control de convencionalidad del Sistema Interamericano el precedente de la Corte Interamericana obliga a quienes ratifican la Convención, el Estado debe garantizar una protección integral al menor, que trascienda de la

órbita de los derechos civiles y políticos, asegurando la tutela efectiva de sus derechos económicos, sociales y culturales, los cuales sin lugar a duda tienen profunda incidencia en la correcta progenitura, la cual está ligada al ejercicio de la patria potestad.

En cuanto al vínculo que el Estado debe generar alrededor del niño y su familia, la Corte Interamericana también ha jugado un papel protagónico, como se reconoce en la sentencia del caso: Niños de la Calle vs. Guatemala. En este fallo se le impuso el deber al Estado de reglamentar positivamente la protección especial del menor de edad al afirmar que “el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño” (Sentencia Caso: Niños de la calle vs. Guatemala, 1999).

Por último, para terminar de brindar el acercamiento a la noción de privación de patria potestad a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es trascendental hacer referencia a la sentencia proyectada por el Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, en la cual se debate sobre el núcleo de protección al interior de la familia, haciendo referencia a la separación de la misma:

Dada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño. (Sentencia Caso: Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2010).

Con esto se puede concluir, en cuanto a una definición jurisprudencia interamericana, que

separación del menor de su núcleo familiar puede representar tanto una vulneración a su derecho de vivir en familia como una protección en contra del ejercicio ilegal o arbitrario de los cuidados familiares, razón suficiente para mantener vivo el debate sobre la privación de la patria potestad y la inevitable confrontación jurídica que se presenta en su aplicación.

➤ **Características de la patria potestad**

Aclarada la definición integral de la patria potestad, es menester identificar las características que encierra esta figura jurídica. En este sentido, para llegar a tal fin, se hará una semblanza entre los presupuestos normativos y los elementos de doctrina que nos ofrece en su obra “Tratado de Derecho de familia” el reconocido tratadista Enrique Varsi Rospigliosi, quien precisa como características de la patria potestad, las siguientes:

- a) Es un derecho subjetivo familiar.
- b) Es de orden público.
- c) Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco.
- d) Es una relación de autoridad de los padres.
- e) Tiene un tuitivo.
- f) Es intransmisible.
- g) Es imprescriptible, pero de carácter temporal.
- h) Es irrenunciable e indisponible.
- i) Es incompatible con la tutela civil.

Cada característica guarda una importancia esencial, de tal modo que permite explicar y complementar el concepto dado en la primera parte de este capítulo sobre la patria potestad, razón por la cual se debe trascender de la mera enunciación para abordar conceptualmente cada una.

a) Es un derecho familiar subjetivo

Esta característica hace referencia al vínculo jurídico que nace de la patria potestad entre los padres y los hijos como parte integrante de la misma. Al especificar que es un derecho de naturaleza subjetiva, es decir, propio de las personas, implica la existencia de unos derechos y deberes que han de garantizarse en su desarrollo, tal y como se desprende del significado de vínculo jurídico. Recordando al máximo exponente del positivismo jurídico moderno, se debe entender el derecho subjetivo como “la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama” (Kelsen, 1987, p. 545).

Su entendimiento se desprende en el ordenamiento jurídico colombiano de los artículos 288 del Código civil y el 14 de la Ley 1068 de 2006, lo cuales resaltan que el ejercicio de la patria potestad va más allá de un mero derecho de los padres, para configurarse como un derecho y deber.

En ese sentido explica Varsi: “La patria potestad lleva implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos- obligaciones y facultades deberes” (Varsi, 2014, p. 296).

Se aclara que es un derecho subjetivo de carácter familiar y no individual, lo que lo asemeja más a la regla de los derechos objetivos. Esto se menciona para que el lector no confunda los criterios y pueda pensar que la patria potestad es un derecho disponible por parte de quienes la ejercen.

b) Es de orden público.

Al entender la patria potestad como institución jurídica de orden público, se denota que su

acatamiento es obligatorio, ya que se presupone como uno de los cimientos de la sociedad, en la cual la familia es núcleo esencial, según el artículo 42 de la Constitución política de 1991. Por tanto, su garantía de realización es insoslayable, aun existiendo acuerdo de partes.

Orden público es el conjunto de principios: jurídicos, políticos morales y económicos que son obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada [...] Conforme a los conceptos que se mencionan se puede advertir que el orden público garantiza la seguridad jurídica de una sociedad, por lo tanto y de acuerdo a un sociedad compleja como la nuestra y para que se cumpla la finalidad del bienestar social que se pretende a través del orden público se debe analizar fundamentalmente te los intereses de orden privado y los intereses de orden público. Teniendo en cuenta los intereses, dentro del contexto del derecho privado, que también se orientan al bienestar social se tiene que estos intereses se hallan limitados en relación con los intereses de orden público. Concretamente el interés privado de ninguna manera puede ir más allá del interés público ya que su razón de ser de este último o sea del interés público, es la satisfacción del bienestar colectivo, contrariamente al interés privado que, al ejercitar la libre voluntad, se puede hacer lo que pretende, pero dentro del marco que la ley y la moral que no lo prohíben. (Savaleta, 2013, p. 4).

Así, resulta claro que quien es titular de la patria potestad, a pesar de ser una institución propia del derecho privado, al ser su naturaleza de orden pública, no podrá evadir los deberes que le son inmersos, ni siquiera bajo el ejercicio de la libre disposición de la voluntad de las partes, pues como afirma Varsi: en la patria potestad “está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal” (Varsi, 2014, p. 296).

Su carácter público es ordenado directamente por el artículo 44 constitucional cuando afirma

que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Una norma de orden público se cataloga como de interés superior para el Estado por representar un núcleo indispensable para la sociedad, al menos así, a manera de conclusión sobre esta característica, lo entiende la Corte Constitucional:

Según Torres Medina, J. C., & Trujillo Torres, J. D. (2016) el régimen de libertades, suprema ratio del Estado de derecho, tiene como supuesto necesario la obediencia generalizada a las normas jurídicas que las confieren y las garantizan. A ese supuesto fáctico se le denomina orden público y su preservación es, entonces, antecedente obligado de la vigencia de las libertades. Formular una definición lógicamente satisfactoria de orden público es empresa desalentadora, pues el ingrediente evaluativo que en ella va implícito, impide ganar una noción objetiva, universalmente reconocible. De allí el peligro de usarla como condición o límite del ejercicio de un derecho, pues cada vez que se procede de ese modo, y en ocasiones resulta inevitable hacerlo, se libra su inmensa forma vacía a la discreción de un funcionario que con su propio criterio ha de llenarla. El único control de su evaluación, entonces, estará constituido por el telón del Estado de derecho y éste, preciso es admitirlo, es también pasible de más de una valoración. (Sentencia C-179, 1994).

c) Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco.

Este elemento hace referencia puntual a que la patria potestad le corresponde de forma compartida entre los padres frente al hijo menor no emancipado, existiendo un vínculo familiar directo de primer grado de consanguinidad. Lo anterior, simplemente aduce que el vínculo jurídico que surge de esta institución sólo se establece entre padres e hijos, al menos en su operación y vigencia inmediata.

Este elemento es descrito de forma simple por Varsi, quien dice que “la patria potestad corresponde al padre respecto del hijo”. Sobre este particular, nuestra Corte Constitucional acoge el concepto de Varsi cuando sostiene 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 éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo. La patria potestad corresponde ejercerla de manera privativa y conjunta a los padres, y a falta de uno al otro, existiendo la posibilidad de que sea delegada entre ellos mismos. (Sentencia C-145, 2010)

d) Es una relación de autoridad de los padres.

Es un reconocimiento de la posición de subordinación que tiene el hijo menor no emancipado respecto de sus padres. Es por eso que el ordenamiento jurídico le entrega a éstos el deber de cuidado y formación, ya que su posición dominante, además de los deberes constitucionales, los ubican en una posición de instructores de quien aún no tiene la libre disposición de todos sus derechos subjetivos. Esta subordinación deberá ejercerse en los términos del artículo 14 de la Ley 1068 de 2006 cuando advierte que “En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

Para Varsi no hay duda de que “existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos” (Varsi, 2014, p. 296), el cual se denomina autoridad paterna, que en palabras de Jorge Angarita Gómez es “la relación mutua que la ley reconoce entre una persona y otra subordinada de la primera, principalmente por vínculos de sangre, para facilitar el cumplimiento de sus

obligaciones y el ejercicio de sus derechos naturales” (Angarita, 1998, p. 259).

e) Tiene un fin tuitivo.

Según la Real Academia Española, el adjetivo “tuitivo” se refiere a algo “que guarda, ampara y defiende”, por tanto, este elemento característico de la patria potestad quiere decir que su ejercicio va encaminado a la defensa del interés superior del menor en una faceta integral, lo que hace referencia, a su cuidado, formación y patrimonio. En palabras de Varsi: “se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad” (Varsi, 2014, p. 296).

Es con base en este ítem que los padres, quienes representan legalmente a sus hijos menores no emancipados, no pueden disponer libremente de los bienes de éstos, pues encuentran una limitante legal que en el artículo 303 del Código civil, cuando regula que “no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez [...]”.

Esta noción fortifica la tesis de que es un derecho en función del menor y no de los padres como titulares de su ejercicio. Sobre este punto, los autores neoconstitucionales remiten su análisis principalmente a la esfera del derecho convencional, como es el caso de la tratadista Laura Lora, quien especifica:

Para realizar ese desarrollo conceptual nada mejor que recurrir a los cuerpos normativos internacionales que, al propio tiempo que consagraron un extenso catálogo de derechos reconocieron a los “intereses de los niños” como el principio

“superior” del cual se derivan y al que se someten, en orden a su interpretación y conciliación, entre sí y con otros derechos individuales. (Lora, 2006, p. 486)

f) Es intransmisible.

Es una consecuencia de su regulación por normas de orden público. Al cumplir una función social que puede limitarse ni siquiera por el convenio entre las partes, su naturaleza es que sea intransmisible, por ende, los padres como titulares de la patria potestad no podrán desprenderse de las obligaciones que la ley les impone, so pena de verse inmersos en sanciones también establecidas por el ordenamiento legal y que serán desarrolladas puntualmente cuando se aborde el tema de la privación de la patria potestad.

La patria potestad, reconocida por la legislación, así como por la doctrina, es intrasmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor del otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como la indisponibilidad o inalienabilidad, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son de orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte. (Varsi, 2014, p. 296).

Sin embargo, es importante precisar que en algunas circunstancias, las obligaciones de la patria potestad pueden ser delegadas de forma temporal y por exigencias del mismo ordenamiento jurídico, tal es el caso de la educación, que es imperativa su delegación a las instituciones educativas, como lo especifica el prenombrado Varsi: “Los padres delegan, no obstante, el derecho y la obligación de educar y controlar al hijo cuando lo internan en un colegio” (Varsi, 2014, p. 296). Sobre esta característica amplia la Corte Constitucional en Sentencia de constitucionalidad C1003 de 2007:

Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados. Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria

potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio. Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres. La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre. (Sentencia C-1003 de 2007)

g) Es imprescriptible, pero de carácter temporal.

El ejercicio de la patria potestad no tiene un término de prescripción que le permita a sus titulares eludir las obligaciones que le son impuestas desde el ordenamiento jurídico. Sin embargo, es un derecho-deber de carácter temporal, por lo que puede extinguirse o ser restringida. En otras palabras: “no se pierde por prescripción [...] puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad” (Varsi, 2014, p. 296).

Cuando se hace referencia a la extinción se habla de la emancipación del hijo, bien sea porque adquirió la mayoría de edad o porque contrajo nupcias, operando una emancipación legal. Frente a la restricción resulta claro que el autor se refiere a la privación de la patria potestad cuando sus titulares no ejecutan a cabalidad los deberes impuestos.

h) Es irrenunciable e indisponible.

También se configura como una característica extensiva de su entendimiento como figura de orden público, lo que impide que sus titulares puedan renunciar a ella, advirtiendo que en tal caso se estaría ante un incumplimiento del deber legal. La única forma de despojarse de la patria

potestad es por vía sancionatoria cuando opera su privación.

Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen, por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio [...] El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero que es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna les impone. (Corte Suprema de Justicia de México, sala tercera, 1971, p. 65)

Sobre el particular también aclara Varsi sobre la patria potestad: “[...] no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico” (Varsi, 2014, p. 296).

i) Es incompatible con la tutela civil.

Ostenta el derecho-deber de patria potestad sobre un menor de edad es excluyente con la figura civil del tutor, el cual se designa en ausencia del primero. Dado lo anterior, es fácil concluir que la restricción de la patria potestad cierra también la posibilidad de que el padre sancionado por el incumplimiento de sus deberes legales y constitucionales pueda ser nombrado tutor del menor (Torres Medina, J. C., & Trujillo Torres, J. D. 2016. p 27-31)

### **Marco conceptual**

En el presente apartado se hará una conceptualización glosada del vocabulario que resulta imperioso conocer para la comprensión adecuada del contenido y esencia del presente trabajo de investigación.

- Patria potestad: La patria potestad es el 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 les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro [...]. (Artículo 288, Código civil colombiano, 1887).
- Interés superior del niño: Según O'Donnell (2009), se debe entender por interés superior del niño o niña todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.
- Responsabilidad parental: La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. (Art. 14 C.I.A)

- Naturaleza proceso patria potestad: se entiende como un proceso relativo a algún aspecto de la patria potestad, de acuerdo con sus modalidades, destinado al restablecimiento del derecho que tienen los hijos e hijas de familia de esa potestad parental responsable que se ejerce conjuntamente.
- Medida de rehabilitación del derecho a la dirección personal y familiar: es aquella, como se deriva de su nombre, el cual procura restaurar la vulneración del derecho a la dirección que ha sufrido el menor.
- Derecho al patrimonio: Consiste en que corresponde a los menores, no solo las mismas connotaciones generales del patrimonio de toda persona ( Tenencia, acceso, dinámica, prenda general de los acreedores, entre otros supuestos) y especialmente de su contenido no solo en los derechos patrimoniales, si no al derecho a la indemnización de perjuicios por el daño individual o familiar causado al niño, niña o adolescente como consecuencia de su afectación personal de indefensión, sino que de manera particular tiene dos tipos de protección: sanidad y desarrollo. (Lafont, 2007).
- Derecho a una familia, la guarda custodia y al cuidado personal de los menores: Derecho de relevancia constitucional, reconocido a los niñas, niñas y adolescentes para tener y mantener su custodia para su desarrollo integral, dese luego dentro del seno de la familia, donde se permita principalmente el cuidado personal y su desarrollo, especialmente por los padres, es considerado como un derecho especial, limitado y de existencia particular.
- Medidas cautelares: En Sentencia C-379 de 2004, la Corte Constitucional colombiana afirmó que “las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso.” (p.1-2)
- Emancipación: Según Rivera (2000) Significa el fin, dimisión o abdicación de la patria potestad o de la tutela sobre una persona menor de edad a los fines de que ésta pueda regir su persona y sus

bienes como si fuera mayor de edad. En consecuencia la emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad.

- Filiación: Es el vínculo jurídico que une al padre con el hijo o al hijo con su madre. Para Rivera (2000) La filiación es considerada como el vínculo jurídico existente entre dos personas donde una de ellas es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o mediante un acto jurídico. De la relación filial se desprenden ciertas consecuencias.

- Asistencialismo: Entendemos por asistencialismo las acciones institucionales de diverso nivel que se enfocan en la atención de las consecuencias de las problemáticas sociales, no en sus causas, y que parten de considerar que los problemas sociales son disfunciones atribuibles al individuo y sus circunstancias, que hay que corregir. Las acciones que se realizan desde esta óptica son vistas como ayuda, no como garantía de derechos; su objetivo principal no es superar las problemáticas, sino llevarlas a niveles manejables. (Durán, Guaquetá & Torres, 2011, p.550)

- Paradigma de la situación irregular: Al respecto definen Durán, Guaquetá & Torres (2015), que desde este paradigma se consideran “menores en situación irregular” los niños, niñas y adolescentes considerados más vulnerables (extrema pobreza, abandonados por su familia), que han cometido delitos o son víctimas de explotación, maltrato, abuso, etc., ante quienes el Estado interviene para corregirlos o para asistirlos (p.550).

- Vulnerabilidad: De acuerdo con Ander-egg (2011) la vulnerabilidad es la incapacidad de una comunidad para “absorber”, mediante el autoajuste, los efectos de un determinado cambio en su medio ambiente (factores físicos, socioeconómicos y sociopolíticos), o sea, su “inflexibilidad” o incapacidad para adaptarse a ese cambio, que para la comunidad constituye, por las razones expuestas, un riesgo.

- Derecho de familia: Para Rivera (2000) el derecho de familia es el Conjunto de disposiciones que regulan las relaciones de las personas pertenecientes a la institución familiar entre sí y

respecto de terceros, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales.

### **Referentes históricos**

#### **- Historia de la Convención de los derechos del niño**

Desde hace siglos los niños y niñas del mundo habían sido sometido a una situación de trato injustificada, lo anterior en razón a que los diversos ordenamientos jurídicos no otorgaban la suficiente protección como sujeto de derechos.

La Declaración de Ginebra de 1924 afirma lo siguiente: “Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.

- El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
- El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
- El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
- El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
- El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”. (Convención sobre derechos del niño).

Según Monroy Cabra (2017), el Derecho Internacional de los menores comprende declaraciones e instrumentos internacionales referentes a la protección de los menores y de los cuales Colombia es Estado parte. Sin que ésta lista sea exhaustiva se pueden mencionar los

siguientes instrumentos internacionales según la compilación normativa realizada por el Ministerio de Justicia y del Derecho. La Declaración Universal de los Derechos del Niño como se ha reiterado fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 20 del mes de noviembre del año 1959. Ella entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990, al haber alcanzado el número de ratificaciones exigidas por su artículo 49.1. Actualmente son parte alrededor de 140 Estados y entre ellos el Estado republicano democrático y social de Derecho; Colombia, que la ratificó el 28 de enero de 1991, previa aprobación de la ley 12 de 1991.

- Antecedentes a Nivel Global e interamericano:

Los acontecimientos históricos precedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño son los siguientes:

- Declaración de los Derechos del Niño de 1924 de Ginebra.
- Declaración sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959.
- Declaración sobre los Principios Sociales y jurídicos relativos a la protección de la Infancia y al bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1986.
- Las reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, Reglas de Beijing, Resolución 40 30 de la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985.
- Declaración sobre protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado, Resolución 3318 (XXIX) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1974.
- La Tabla de los Derechos del Niño, aprobada en 1927, con motivo de la fundación del Instituto Interamericano del Niño; la Corte Constitucional de la Niñez, elaborada por la Conferencia de la Casa Blanca en 1930; la Declaración de Oportunidades para el Niño,

aprobada por el VIII Congreso Panamericano del Niño de 1942: La Declaración de Caracas sobre Salud del Niño. Preparada por el IX Congreso Panamericano del Niño de 1948 y la Declaración Interamericana sobre Derechos de la Familia de 1983.

Luego de ser adoptada la Convención de la referencia se desencadenó la Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño y su anexo Plan de acción para el decenio 1990-2000, aprobados en la Cumbre Mundial de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Nueva York, el 30 de septiembre de 1990. Por último, se encuentra la proclamación posterior del Ombudsman o defensores de los niños a nivel comunitario y sus aspectos aplicables a las diversas naciones del contexto internacional en que los niños se ven involucrados.

- Reseña histórica de la patria potestad en Roma

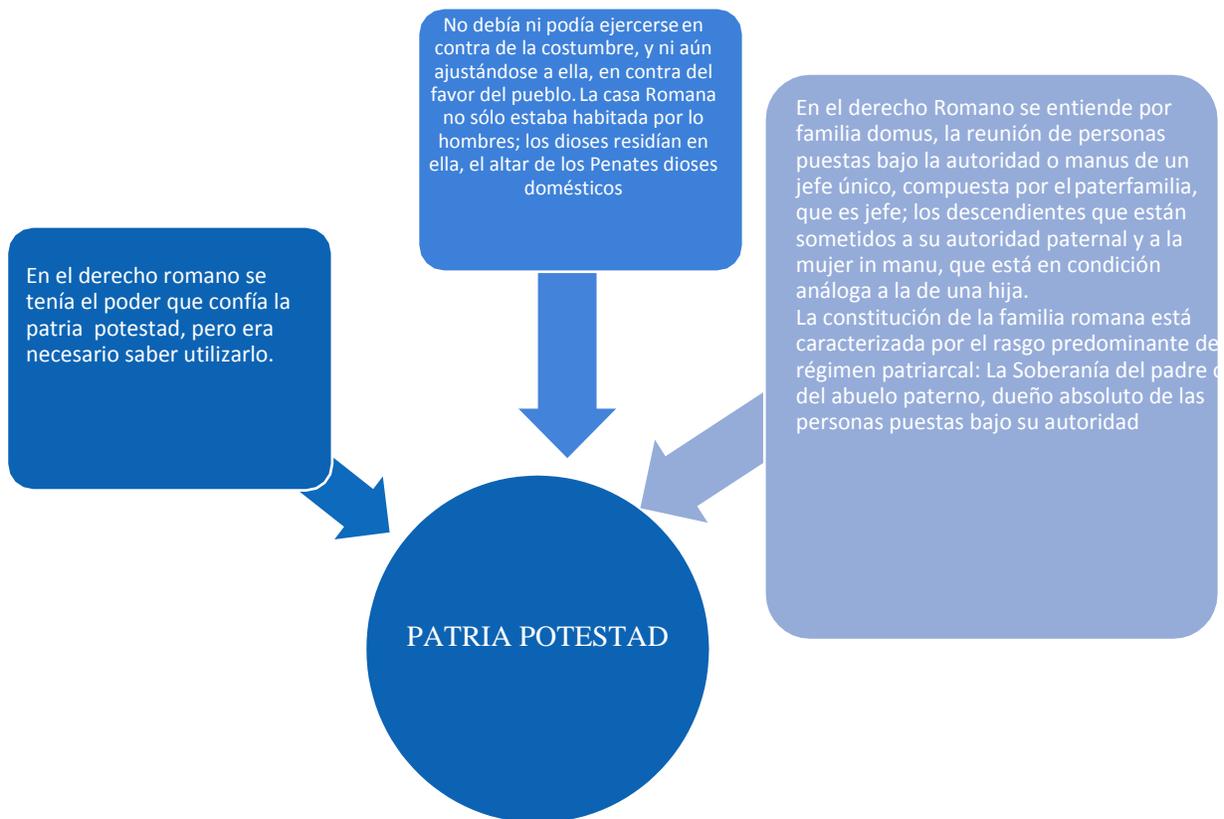


Figura 1. Patria Potestad. Fuente: *Elaboración propia, ayuda bibliográfica: Conflictos en el Derecho de Familia y su vivencia en la práctica judicial, Corredor Espitia, José, 2008*

Esta organización social que tuvo por base esencial la preeminencia del padre y donde la madre no desempeñaba ningún papel, corresponde a los orígenes de Roma; habiendo quedado intacta durante varios siglos, se modifica muy lentamente, tal como lo expresa Corredor (2008), pues sobre todo en el Bajo Imperio Romano, donde la autoridad del jefe llega a ser menos absoluta. El carácter principal de esta autoridad consiste en que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia, en base a ello se desarrollaron las características que siguen:

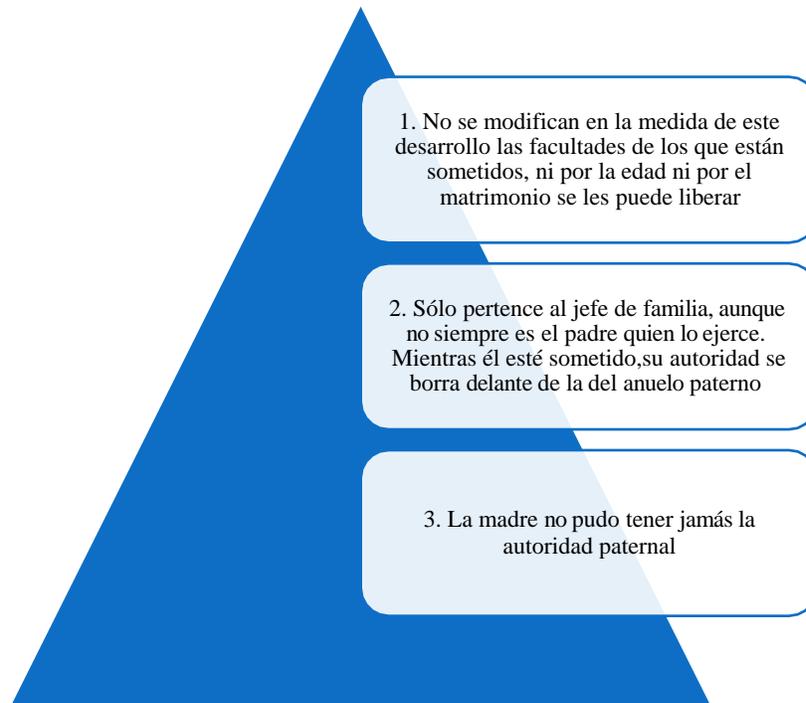


Figura 2. Diagrama Triangular evolución de la patria potestad en el derecho Romano FUENTE: *Elaboración propia, ayuda bibliográfica: Conflictos en el Derecho de Familia y su vivencia en la práctica judicial, Corredor Espitia, José. p. 183, 2008.*

En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, iguales a los del amo sobre el esclavo en ese entonces, y que ejercía a un mismo tiempo sobre la persona y sobre los bienes de los hijos. Pero a medida que se iba dulcificando la rudeza de las costumbres

primitivas, se fue también extinguiendo la energía de la potestad paternal.

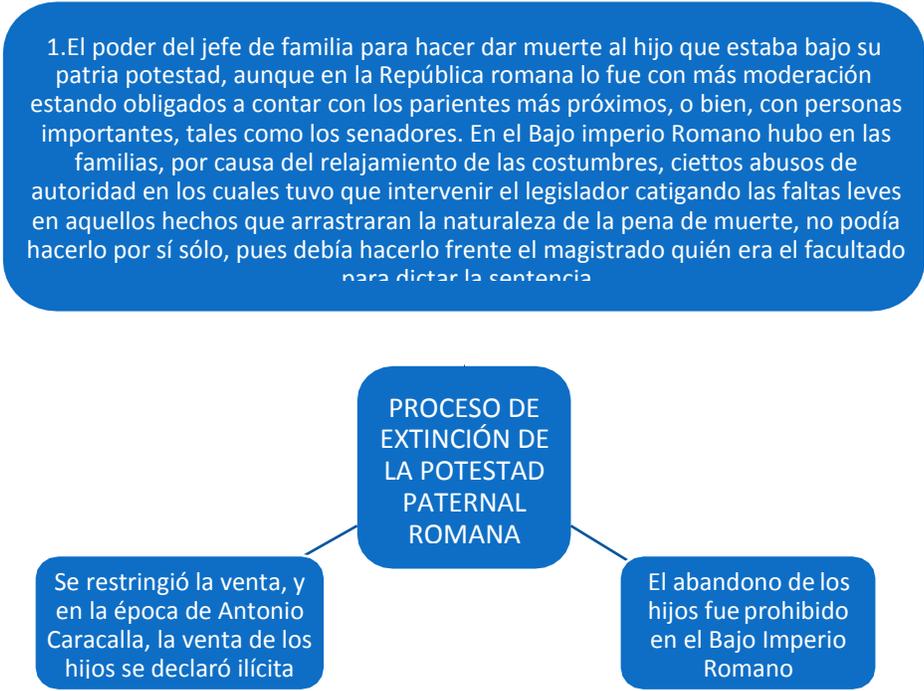


Figura 3. Mapa Conceptual proceso de extinción de la patria potestad paterna Romana FUENTE: Elaboración propia

**Referentes contextuales**

- Plano Internacional y constitucionalización

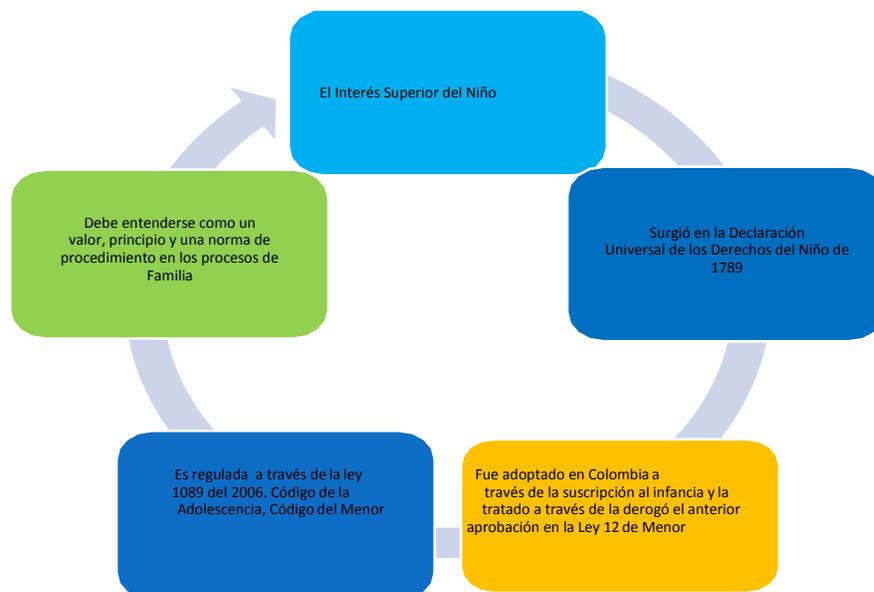


Figura 4. Diagrama Interés superior en el Plano Internacional y constitucional. FUENTE: Elaboración propia

### - Rasgos básicos de la Convención

A través de ella se sentaron los principios generales de igualdad y no discriminación, ellos en su artículo segundo, la atención prioritaria al Interés superior del Niño en el artículo 3, siendo éste la columna vertebral de la presente investigación, el deber de los Estados de proteger todos los derechos de la infancia, inclusive los económicos, sociales y culturales, además del deber de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres u otros miembros de la familia. (Convención de los Derechos del Niño, 1989).

### - Internacionalización del Derecho de Familia

Con la caída del muro de Berlín y el fracaso del comunismo a través de la caída de la Unión de República Soviética Socialista en 1991, el mundo tomó un nuevo rumbo político, cultural, y el legalismo supuso un viejo paradigma que obligó a los sistemas jurídicos a adaptarse a las necesidades de las personas. En efecto, la universalización de la democracia, los bloques económicos, la integración en todos sus órdenes en palabras de Monroy Cabra (2017), han incidido notablemente en todo el derecho que se ha internacionalizado.

Las relaciones internacionales han padecido como lo expresa Boaventura de Sousa Santos (1998), una dramática intensificación que van tan allá que involucran el desplazamiento masivo de personas.

Lo anterior quiere señalar que la internacionalización abre las puertas a una nueva visión del derecho de familia que lo hace coexistir en su esencia con los derechos Humanos.

Con la caída del Muro de Berlín y el fracaso del comunismo, el mundo empezó a transformarse, en efecto inició un proceso de universalización de la democracia, los bloques

económicos, la integración en todos sus aspectos, y la libre circulación de personas, bienes y servicios, ha iniciado notablemente en todo el derecho que se ha internacionalizado.



Figura 5. Pirámide modelo Kelsen-normativo jerárquico. Fuente: Elaboración propia

- Comité de los Derechos del Niño

Está compuesto por 18 expertos independientes de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, artículo 43). Ejercen sus funciones a título personal por un periodo de cuatro años, al término del cual pueden ser reelegidos.

El Comité es el órgano de expertos independientes que vigila la aplicación de: i) la Convención sobre los Derechos del Niño; ii) el Protocolo facultativo sobre la participación de niños en conflictos armados; y iii) el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Dentro de sus funciones se encuentran: examinar los informes de los Estados parte e interpretar el alcance de los derechos reconocidos

en la CDN y sus protocolos facultativos. El Comité no puede recibir quejas individuales.

- Educación integral de los niños

La educación de los hijos es una construcción axiológica permanente y dinamizadora, en efecto, la educación escolar y primaria es un proceso de aprendizaje que realmente se encuentra influido de manera significativa por la institución social familiar (Hernández y Robles, 2016). Justamente es en el seno de la familia donde se transmiten la cultura, los valores éticos y morales para hacer a los niños y las niñas seres humanos capaces, acertados y consecuentes con lo que piensan y hacen, de lo cual en gran medida podría afirmarse son responsables los padres. (2016, p 81-82)

- Constitucionalización de normas de orden Familiar

Los principios fundamentales del derecho familiar y de los menores, así como los derechos humanos se han constitucionalizado y en ese sentido han tomado la forma de derechos fundamentales al encontrarse enunciados en las diversas cartas de Derechos como la Constitución del 91.

En el entendido que las Constituciones ocupan la cúspide del sistema de normas interno, los Códigos relacionados a la Familia como el caso particular del código civil en el caso del Estado colombiano deben estar acordes con los principios, valores y derechos reconocidos en la Constituciones a la familia y a los niños en general.

Po regla general las normas constitucionales implementan cláusulas generales en las cuales no es posible enumerar en forma explícita y cerrada los requisitos ni se declaran concretamente las consecuencias, es el caso del interés del menor, que supone en últimas la exigencia de valoración

por parte del operador judicial.

El juez en el Estado de derecho también es quién velará por la protección de los derechos de los niños en pro de su mayor beneficio e interés a todas luces superior.

- Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad

Siendo la patria potestad una institución jurídica, no hay duda que también surge una relación real, en ese sentido es también una institución natural, en palabras Messineo (1954) la patria potestad es un conjunto de poderes a los que corresponden otros deberes, poderes-deberes, en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger y cuidar los intereses patrimoniales de los menores de edad.

- Sujeto de la patria potestad

Respecto de los hijos legítimos el ejercicio de la patria potestad les corresponde a los padres conjuntamente. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro (Decreto 2820 de 1974, arts. 19 y 24).

En cuanto a los hijos naturales, ahora hijos extramatrimoniales, el ejercicio de la patria potestad les corresponde, a ambos padres, si viven juntos; en caso contrario, ejercerá tales derechos aquel de los padres que tenga su cuidado el hijo (Decreto 2820 de 1974, art. 50). El juez de menores, con conocimiento de causa y a petición de parte, podrá entregar al hijo natural bajo custodia del padre o bajo guarda de una tercera persona, siempre y cuando que considere que ello resulta beneficioso en interés superior de los hijos. El artículo 21 de la ley 75 de 1968 modificó al artículo 15 de la ley 45 de 1936, disponiendo que "Al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales se aplicarán las reglas de los títulos 12 y 14 del libro primero del Código civil en

cuanto no pugnen con las disposiciones de la presente ley”. Debe precisarse que a los hijos extramatrimoniales y a los adoptivos por interpretación extensiva se les aplican las disposiciones sobre autoridad paterna compartida y sobre patria potestad en cuanto a sus efectos patrimoniales la que prevé el título XIV del Código Civil.

Como se advirtió posterior al proceso de adopción plena, los adoptantes son llamados a ejercer la patria potestad de manera igualitaria, por cuanto no hay distinción entre los hijos en Colombia a raíz de la ley 54 de 1990. Ahora si el adoptante es un solo sujeto llámese ahora progenitor en virtud del parentesco civil, le corresponderá a él únicamente el ejercicio de la patria potestad. (Ley 57, 1887, art. 276)

#### Atributos de la Patria Potestad

El ejercicio de la patria potestad confiere a su titular tres atributos o derechos-deberes, que son:

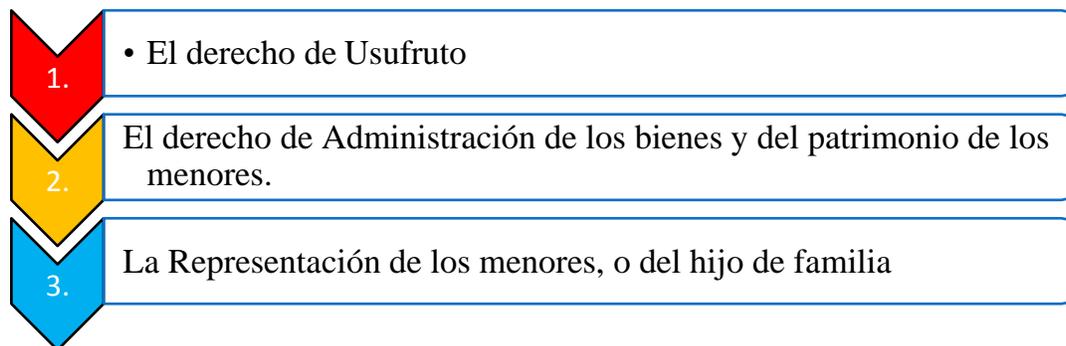


Figura 6. Atributos de la patria potestad. Fuente: Elaboración propia

El ejercicio de la P.P. confiere a su titular tres atributos o derechos, que son: el derecho de usufructo, el derecho de administración y el derecho de representación.

### - Usufructo

El usufructo legal es el derecho que la ley concede a quienes ejercen la Patria Potestad, para hacer propios los frutos de los bienes de los hijos legítimos (art. 291, 292, 295 y 296 modificados por el Decreto 2820 de 1974).

Según la doctrina, el fundamento de esta institución estriba en que los frutos deben dedicarse al sostenimiento y educación de los hijos. El Código Civil otorgaba el usufructo legal únicamente al padre; a falta del padre lo tenía la madre, porque en este caso se le atribuía la Patria Potestad. El Decreto 2820 de 1974 modificó el artículo 291 del C.C., y estableció: "el padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes del hijo de familia". Desde luego que si falta uno de los padres, el otro goza del usufructo.

Los padres hacen suyos los frutos de todos los bienes del hijo que integran el peculio adventicio ordinario, pero no afecta los bienes que constituyen el peculio adventicio extraordinario ni a los bienes que forman el peculio profesional.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de usufructo, Valencia Zea expone: "...debe advertirse que no es un derecho real de usufructo, ya que los derechos reales deben recaer sobre cosas corporales singulares y, en cambio, el derecho titular de la Potestad recae sobre una universalidad jurídica de bienes. Además, cuando el derecho real de usufructo recae sobre inmuebles, requiere un título escriturario (testamento o escritura pública) e inscripción de él en los libros de registro inmobiliario; por el contrario, el usufructo legal del titular de la potestad se constituye sin ninguna formalidad, ya que los padres toman de plano la posesión de los bienes de su hijo, y los administran y usufructúan". (Ley 57, 1887).

### - Régimen de peculios

- Peculio Profesional o Industrial: el artículo 291 del C.C., modificado por el artículo 26 del Decreto 2820 de 1974, dice que "el peculio profesional está constituido por los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial".

De conformidad con la norma antes dicha, el peculio profesional lo compone: el fruto del trabajo del hijo, los bienes que adquiriera con los dineros provenientes de su trabajo, y los frutos que produzcan estos bienes.

- Peculio Adventicio Ordinario: lo constituyen los bienes que han entrado al patrimonio del hijo, no como fruto de su trabajo si no a título gratuito como donación, herencia o legado (artículo 291 inciso 2 C.C.). Los padres tienen derecho a todos los frutos naturales y civiles por partes iguales de los bienes que constituyen el peculio adventicio ordinario, en los mismos términos que todo usufructuario. El menor no puede administrar estos bienes si no sus padres, y si el menor celebra negocios jurídicos sobre los bienes, se produce la nulidad absoluta si es impúber, y relativa, si es menor adulto.
- Peculio Adventicio Extraordinario: integran este peculio los siguientes bienes: a) los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, "cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los padres; si solo uno de los padres fuere excluido, corresponderá el usufructo al otro"; b) "el de las herencias o legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de los padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro" (ordinal 2y3 art. 291 modificado por el art. 26 Decreto 2820 de 1974).

Las causales de desheredación están enumeradas en el art. 1266 del C.C.; y conforme al art.

1267, deben especificarse en el testamento y haberse probado judicialmente "en vida del testador" o si "las personas a quienes interesare el desheredamiento no lo probaren después de su muerte".

- Extinción del usufructo legal: Según el tratadista Roberto Suárez Franco, el usufructo legal de los padres termina:

- a) Por privación de la Patria Potestad, tanto por emancipación del hijo como por suspensión o terminación de aquella.
- b) Por destrucción de la cosa
- c) Por sentencia judicial que declare a los padres responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la administración de los bienes del hijo.

- Administración legal

El artículo 295 del C.C. establece que, por regla general, corresponde a los padres la administración de los bienes del hijo sobre los cuales la ley le concede el usufructo. La administración de los padres se refiere a los bienes de los hijos menores no emancipados.

Esta regla tiene las siguientes excepciones:

- Bienes que forman el peculio adventicio extraordinario, respecto de los cuales los padres administran pero no perciben para sí los frutos.
- Bienes que el hijo reciba por herencia o donación, con la condición de que el titular o titulares de la potestad no los administren (art. 295, Ley 57, 1887).
- Bienes que se dejen al hijo con la condición de que el titular de la potestad no tenga ni la administración ni el usufructo

- Los bienes que recibe el hijo por indignidad o desheredamiento del padre o de la madre.

La administración de los padres de familia difiere de la administración del tutor o curador porque no están obligados a proceder o confeccionar inventario solemne de los bienes que reciben, ni prestar caución por este concepto.

La administración debe ejercerse conjuntamente por los padres, o por uno de ellos autorizado por el otro, y, a falta de uno de los padres por muerte o por privación de la Patria Potestad, la ejercerá el otro.

Los negocios de administración tiene por objeto la conservación de un derecho o hacerlo más productivo o recuperarlo, o evitar que se pierda o extinga, como arrendar, colocar dinero a interés, cultivar un predio, explotar una empresa etc.

#### - Representación del hijo de familia

La representación del hijo es consecuencia de la administración que tienen los padres sobre los bienes del hijo menor no emancipado. Puede ser judicial y extrajudicial.

La representación extrajudicial es ejercida conjuntamente por el padre y la madre (art. 307 del C.C.). Esta norma es inconveniente porque dificulta en la práctica la realización de actos que beneficien al menor, ya que si hay un desacuerdo entre los padres, se debe acudir al juez de menores para resolver el litigio.

La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres (art. 306, Ley 57, 1887). La ley establece que el hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres.

- ✓ Suspensión y pérdida de la Patria Potestad
- ✓ La Emancipación

✓ Proceso de privación, suspensión y restablecimiento de la Patria Potestad, Remoción del Guardador y privación de la Administración de los bienes del hijo.

- Medidas de castigo a los Padres por mal ejercicio de la Patria Potestad

Existen dos formas jurídicas de perder la patria Potestad de los hijos, la primera es temporal y se puede volver a ejercer demostrando la rehabilitación del padre y la segunda es indefinida.

❖ Suspensión de la patria potestad

Estas son las causales que dan lugar a la suspensión temporal de la Patria Potestad y son:

- Demencia.
- Mala administración de los propios bienes, o por estar en entredicho la administración de sus propios bienes
- Ausencia prolongada de uno de los padres, también denominada “Larga Ausencia”.

❖ Perdida de patria potestad

Son causales que dan lugar a la pérdida de la patria Potestad:

- Maltrato al hijo.
  - Abandono del hijo.
  - Depravación.
  - Haber sido condenado el padre a pena privativa de la libertad superior a un año
- Cualquier consanguíneo del menor ya sea cualquiera de los padres, abuelo, tío, etc. Podrán iniciar el proceso de suspensión o pérdida de la Patria Potestad, o un juez de oficio y el defensor de familia.

- Emancipación: Permite la liberación del menor de la patria potestad ejercida por sus padres, para ello se hace la siguiente gráfica:

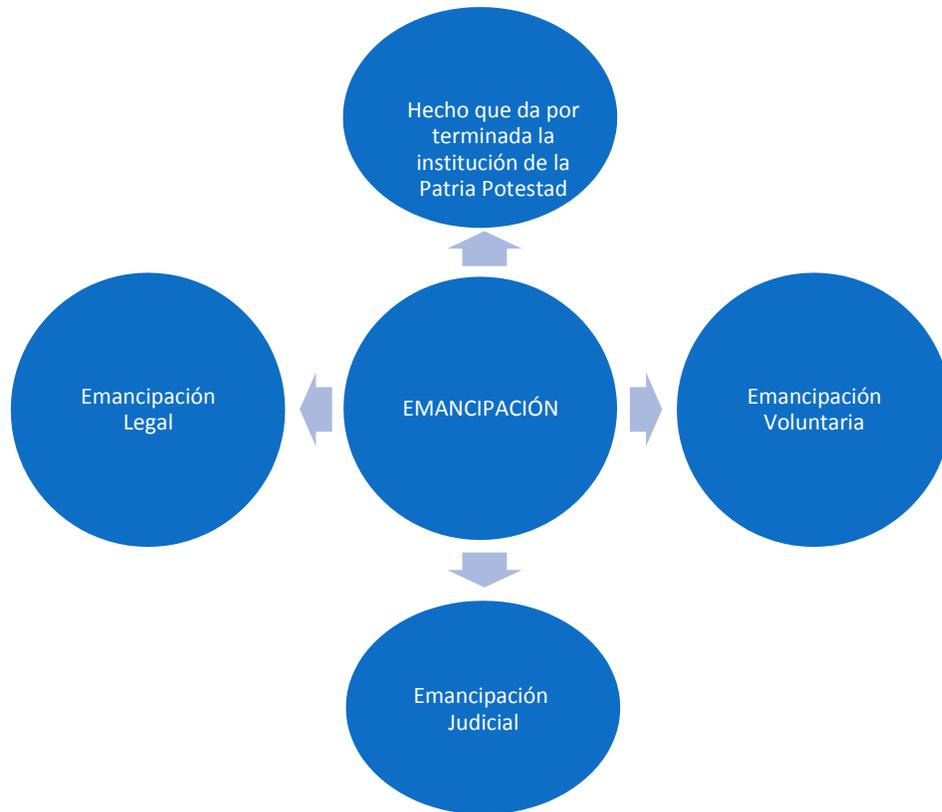


Figura 7. Mapa Circular Emancipación y su clasificación Fuente: Elaboración propia. 2020

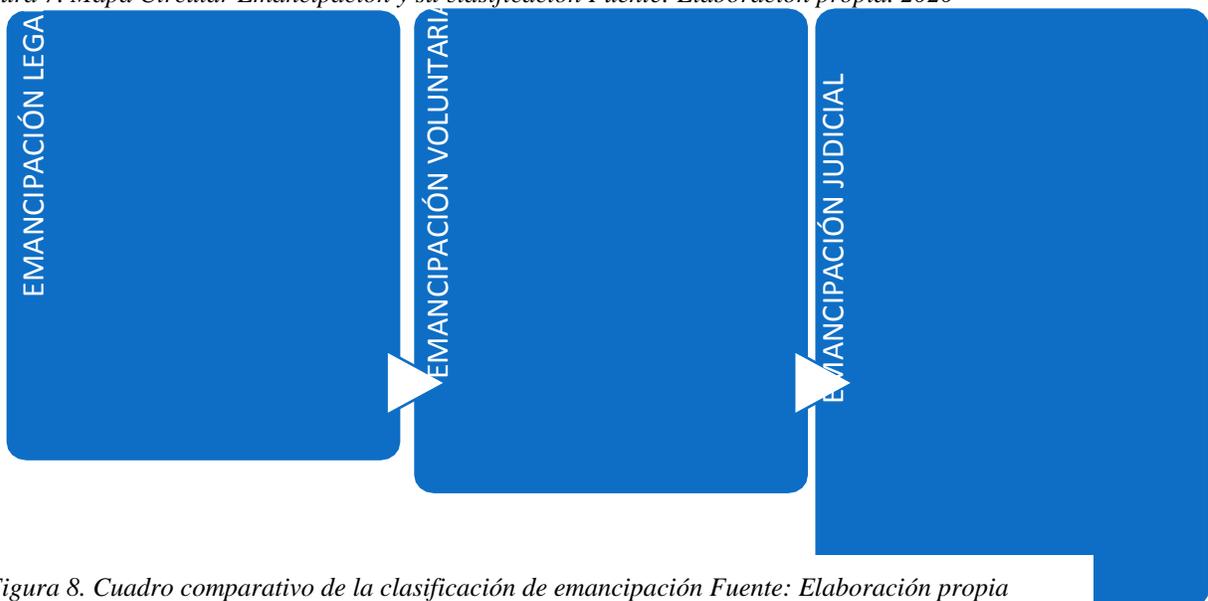


Figura 8. Cuadro comparativo de la clasificación de emancipación Fuente: Elaboración propia

- Habilitación de edad

La Ley 27 de 1977 derogó tácitamente la habilitación de edad, que tenía por objeto facultar a algunos menores adultos para que pudieran realizar todos los actos propios del mayor de edad, con excepción de aquellos que estaban expresamente prohibidos por la ley.

- Discrecionalidad vs arbitrariedad

Como quiera que la Constitución Política de 1991 establece los fines esenciales del Estado, asignando a las autoridades de la Nación, la responsabilidad de proteger y garantizar a todas las personas 45 residentes en Colombia, los derechos y libertades inherentes a cada uno de ellos, entre ellos la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos como libertades que hacen parte de la dignidad humana.

Lo anterior da a entender que la discrecionalidad, es una facultad que goza la administración pública para garantizar la prestación de sus servicios y con ello poder hacer efectivo lo fines propios del Estado Social de Derecho. Sin embargo, debe regirse dentro del ordenamiento legal vigente, y con ello no ser arbitraria para no desviar ni los fines propios, ni el poder que goza la administración en desconocimiento de los Derechos Humanos.

Si bien la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley, no debe esta posibilidad ser el escudo para desvirtuar y atropellar los derechos de los ciudadanos.



Figura 9. Línea señalizadora imperativos hipotéticos de la actividad judicial. Fuente: Elaboración propia

De esta manera la discrecionalidad no debe tomarse como una posibilidad o autorización a la Administración para que pueda adoptar decisiones por fuera de la ley, o eminentemente subjetivas, sin ningún tipo de justificación o de finalidad legítima.

Por el contrario, la funcionalidad que tiene la discrecionalidad como figura dentro del ordenamiento jurídico, no es otra que la de brindar la posibilidad a la Administración, de apreciar las circunstancias particulares de cada hecho, la oportunidad y conveniencia que tiene la decisión que pretende adoptar, su legitimidad al estar ajustada a Derecho o por lo menos a los fines esenciales del Estado, y su necesidad y motivación. Por tanto, para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en su papel racional argumentativo de lo jurídico.

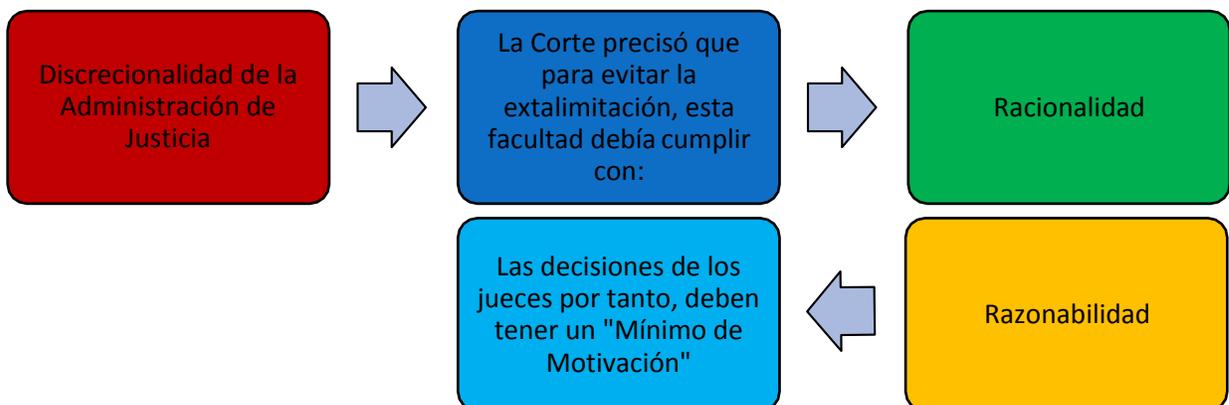


Figura 10. Tareas del juzgador racional argumentativo. Fuente: Elaboración propia

### ✓ **Papel del Estado**

Procurando que un Estado tenga como misión la balanza activa frente a condiciones de desprotección en el marco colombiano este debe buscar garantizar el goce efectivo de las personas desprotegidas o en situación vulnerable para ello es menester adoptar políticas y medidas que lleven inmerso un enfoque de inclusión para suprimir la discriminación en razón de su condición. (Araque & Suarez, 2017:110)

No está demás advertir que el modelo de Estado garante de los Derechos Humanos que pregonan la Convención Universal sobre los Derechos Humanos debe orientarse procurando la intervención necesaria cuando se encuentren intereses contrapuestos entre los cuales uno de los sujetos es un niño para así garantizar de ese modo el mandato prioritario de satisfacción integral de sus derechos conforme lo exige el interés superior del niño. (Romero & Hernández, 2019: 857)

En ese sentido el sujeto actor beneficiario de protección es el niño como expresa Hernández (2007); se incluye al ciudadano (activo o pasivo aún), quien debe ser reconocido con la plenitud de sus derechos y deberes, al incluirse en la definición y resolución de los problemas que son de su interés, individual incluso familiar.

### **Marco legal**

Este Marco Legal está constituido por diversas normas tanto nacionales como internacionales, tales como La Constitución Política de Colombia 1991, La Declaración Universal de Los Derechos del Niño de 1989, el código civil, el Código de Infancia y Adolescencia y la ley 12 de 1991 a través de la cual fue adoptado por el pueblo colombiano la convención de 1989.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Recoge en su primer artículo que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

En cuanto al área de constitucionalización de las categorías de la presente investigación se tiene que el “Artículo 5° nos hace alusión a que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Al respecto el Artículo 44 de la Constitución Política establece que 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.

A pesar de que la lectura del artículo 288 del Código Civil hace referencia exacta a la definición de patria potestad, da la impresión de que se focaliza en su componente de garantía de los padres. Sin embargo, ha quedado claro desde la inducción constitucional del tema, que es una figura que implica la efectividad de un derecho-deber, que no resulta muy claro de la lectura del artículo, razón por la cual se torna necesario complementar la definición con lo dispuesto en el *artículo 14 de la Ley 1098 de 2006*, conocida como Código de infancia y adolescencia. El artículo 14 de la referenciada ley establece la responsabilidad parental y la asume de la siguiente forma: La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. (Ley 1098, 2006)

En el ordenamiento jurídico nacional, en la legislación civil lo relacionado a la patria potestad, suspensión y pérdida de la misma se encuentra regulada en los artículos 288, modificado por la Ley 75 de 1968, artículo, 310, 311, 314 y 315 del Código Civil, y sus efectos jurídicos recaen sobre las tres facultades reinas: siendo estas la representación legal, la administración de los bienes y el usufructo. De acuerdo con tales normas, la patria potestad se suspende frente a cualquiera de los padres, previa sentencia judicial que de esa forma lo decida, cabe resaltar que en concordancia también lo inspira al artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

En la sentencia C-1003 del 22 de noviembre de 2007 la Corte Constitucional, se fundamentó en proteger el interés superior del Niño y la protección preferencial y prevalente de los derechos de los menores y de sus derechos fundamentales. En efecto, la Corte manifestó en su jurisprudencia que la Carta Política es contraria a todo maltrato físico o moral de los padres respecto de los hijos.

En sentencia C-145 de 2010, sobre la temporalidad en el ejercicio de esta institución, la Corte Constitucional manifiesta que el hijo sólo está sujeto a ella por el tiempo necesario para su formación y desarrollo, esto es, hasta cumplir la mayoría de edad -los 18 años-; y la precariedad, porque quien la ejerce, puede verse privado de ella, si en el ejercicio de la misma no ajusta su comportamiento a los propósitos altruistas que la justifican. (Sentencia C-145, 2010).

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 93 de nuestra carta de derechos, el Bloque de constitucionalidad hace parte de nuestro sistema jurídico, por consiguiente utilizaremos convenios internacionales suscritos por Colombia, los cuales prevalecen en el ordenamiento jurídico, en virtud del bloque de la referencia, en efecto, para delinear los lineamientos de esta tesis, se utilizarán tratados como, i) La Convención Sobre los Derechos del Niño, ii) Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, iii) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, iv) Principio 2° de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre Los Derechos del Niño, y la v) Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencias y en especial de Opinión Consultiva, No. OC-17/2002.

Para concluir este apartado de la presente investigación, se reitera que en la legislación colombiana esta teorización de la patria potestad no ha pasado desapercibida, ya que no existe duda de que a partir de la Constitución de 1991 se apunta hacia el Estado constitucional, particularmente por la existencia de una Constitución rígida y la creación de la Corte Constitucional como encargada 78 de salvaguardar el texto constitucional e interpretar sus alcances. No cabe duda de que este es nuestro contexto y el futuro contexto jurídico como lo afirma Vicente de Jesús Arrieta:

El fenómeno de la constitucionalización del derecho nos permite afirmar que las ramas civil, laboral, penal, laboral, administrativo, Familia, etc, han perdido como norte de su actividad e interpretación jurídica el principio de legalidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado, y vienen siendo reemplazadas estas fuentes, por el principio de constitucionalidad, incluido el bloque de constitucionalidad, y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional. Hoy se está gestando un gran cambio en materias de las fuentes del derecho colombiano en general y creemos que al final como sucedió en Alemania, Francia y España la constitucionalización del derecho triunfará (Arrieta, 2009, p. 69), en especial en lo referente a la patria potestad y el interés superior del niño propio del derecho de familia de lo que se ocupa la presente investigación.

### **Capítulo III**

#### **Metodología de la Investigación**

##### **Diseño de la investigación-tipo**

Con respecto al tipo de diseño de investigación se debe precisar que la metodología documental de carácter o nivel descriptivo dentro del paradigma Interpretativo, estando por consiguiente en el enfoque cualitativo, además cabe resaltar que la presente investigación es de carácter temático jurídico reflexivo; por cuanto se trata de determinar las particularidades rasgos o características que presentan las nuevas tendencias sobre la patria potestad en el derecho de familia, y también porque trata de identificar los perjuicios que acarrea la no aplicación del ordenamiento jurídico a los disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y el principio del interés superior del niño en lo concerniente a la regulación y el ejercicio de la Patria Potestad de los padres sobre los niños y niñas de Colombia con el ánimo de asumir una postura crítica y reflexiva.

##### **Enfoque de la investigación**

La presente investigación es de enfoque Cualitativo. La investigación cualitativa teniendo en cuenta lo que añaden autores como; Sampieri; Collado y Baptista (2006) bajo la búsqueda cualitativa, en vez de dar inicio a través de la formulación de una teoría particular para luego darle aplicabilidad en el mundo de la praxis y de este modo constatar si ésta es apoyada por los hechos empíricos, el investigador que se encuentra en el paradigma interpretativo comienza examinando el mundo social y en este proceso desarrolla una teoría coherente con lo que percibe que sucede, como se basa en las circunstancias y en el contexto con frecuencia se le denomina teoría fundamentada (Esterberg, 2002).

Desde esa perspectiva la investigación cualitativa se basa en un proceso de corte inductivo, a

través del cual se explora y describe para finalmente generar perspectivas teóricas (p.17)

En efecto, la presente investigación se basa en una dimensión cualitativa e interpretativa del derecho, por cuanto al interior de la misma , se percibe la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989 y la aplicación del principio del Interés Superior del Niño en Colombia más que una disposición imperativa legalmente, se analiza y comprende "el derecho como un hecho social" (Diaz 1998, 156), en esta investigación se interpreta lo que los hombres hacen prácticamente con el derecho (Witker 1995, p.4), en ese orden de ideas se trata de determinar las particularidades, rasgos o características que presentan las nuevas tendencias sobre la patria potestad en el derecho de familia, y también porque se intenta identificar a través de una rigurosa fundamentación los perjuicios que acarrea la no aplicación del ordenamiento jurídico colombiano a las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos del Niño en lo concerniente a la regulación y el ejercicio de la patria potestad de los padres sobre los niños y niñas en Colombia.

### **Corte de investigación**

La presente investigación es de corte socio-jurídico. La investigación Socio-jurídica, según Tantaléan, (2016) llamado también investigación sociológica jurídica, realista-jurídica o fáctica jurídica se encarga del estudio de la funcionalidad del derecho objetivo en la realidad social (P.10).

En efecto, la presente investigación se basa en una dimensión del sociológica del derecho, por cuanto al interior de la misma , se percibe la adopción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1989 y la aplicación del principio del Interés Superior del Niño en Colombia más que una disposición imperativa legalmente, se analiza y comprende "el derecho como un hecho social" (Diaz 1998, 156), en esta investigación se interpreta lo que los hombres

hacen prácticamente con el derecho (Witker 1995, p.4), en ese orden de ideas se trata de determinar las particularidades, rasgos o características que presentan las nuevas tendencias sobre la patria potestad en el derecho de familia, y también porque se intenta identificar a través de una rigurosa fundamentación los perjuicios que acarrea la no aplicación del ordenamiento jurídico colombiano a las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos del Niño en lo concerniente a la regulación y el ejercicio de la patria potestad de los padres sobre los niños y niñas en Colombia.

### **Dimensión de la investigación**

Una vez definido el corte socio jurídico la dimensión de la presente investigación es acerca de la influencia efectiva del derecho sobre la realidad social. Esta investigación constata fácticamente las funciones del ordenamiento jurídico que de predican sea como factor de conservación, de opresión, de cambio, de liberación, entre otros (Diaz, p. 164, 165 citado por Tantaléan 2016). Es decir, en este tipo de investigaciones, así como se pueden estudiar las causas, fuerzas y factores sociales que generan un derecho vigente, es también posible estudiar los efectos y consecuencias reales de un cierto derecho vigente (Diaz, p.174 citado por Tantaléan 2016).

Se elige este tipo de investigación por cuanto se pretende referir al significado y función social que realmente desempeña el principio del Interés Superior del Niño de la Convención de los derechos del niño de 1989 por sobre todo en los procesos referidos al ejercicio de la patria potestad en Colombia, de esta forma se referirá y justificará el papel que desempeñan los jueces profesionales del derecho, operadores, organismos e instituciones de la justicia que tienen que ver con la creación, interpretación y aplicación de la Convención al interior del ordenamiento jurídico Colombiano.

### **Nivel de investigación**

El alcance de la presente investigación tal como se introdujo en el diseño, es descriptivo, pues justamente la investigación descriptiva es la que se utiliza, tal como el nombre lo dice, para describir la realidad de situaciones, eventos, personas, grupos o comunidades que se estén abordando. La investigación en el nivel descriptivo tal como lo sustentan autores como Hernández, Collado & Baptista 2014, busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetivos o cualquier otro fenómeno que se somete a un análisis (p.92).

El nivel empleado se justifica en la medida que se pretende analizar una situación problemática tal es el caso de la aplicación del principio del interés superior del niño en el ejercicio de la patria potestad colombiana que es objeto de análisis reflexivo de la presente investigación.

### **Método**

En esta investigación se implementa un método hermenéutico-fenomenológico jurídico, el método hermenéutico se caracteriza por abordar la problemática de la comprensión en toda su generalidad y amplitud (Vigo, 2002, p.139). La fenomenología es una subespecie de investigación hermenéutica, en efecto, en un sentido general por fenomenología se entiende la escuela de pensamiento o movimiento filosófico creado en la primera mitad del siglo XX, entendida como un método de investigación sistemática de la subjetividad, su meta es el estudio del mundo, tal como se presenta a través de la conciencia, en ese orden de ideas, el enfoque hermenéutico-fenomenológico se centra en como las personas comprenden los significados de los eventos. (Ortiz, 2015, p.91)

EL proceso de apropiación del método hermenéutico-fenomenológico jurídico en su fase

comprehensiva se ve mediado por dos aspectos interrelacionados: En primer lugar, se encuentra un momento de proyección anticipatoria, conocida como intuitiva, mediante la cual aquello jurídicamente relevante por comprender se comprende y en segundo ítem, un previo e inevitable proceso de coexistencia y relación indisociable entre el derecho, la historia y la felicidad del ser humano. (Vigo,2002).

Según Buendía, Colás y Hernández citados por Ortiz (Ortiz, 2015; p.92), el método hermenéutico-fenomenológico jurídico pretende conocer las formas, cualitativamente diferentes, en que los sujetos experimentan, conceptualizan, perciben y comprenden el derecho en el contexto del mundo que los rodea. La presente investigación utilizará el método Hermenéutico-fenomenológico jurídico por cuanto la finalidad es perseguir la comprensión que implica el cumplimiento de las disposiciones de la Convención Universal de los Derechos del Niño de 1989 la cual fue adoptada por el Estado colombiano, en ese sentido, el presente método permitirá hallar la toma de conciencia y los significados en torno al principio del Interés Superior del Niño en el ejercicio de la Patria Potestad en Colombia

### **Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos**

En lo concerniente a la recolección de datos o de recopilación de información será indispensable el empleo de fuentes de información temática, tales como el rastreo documental, en análisis jurisprudenciales para comprender la problemática en general por

cómo ha sido la asimilación de las nuevas tendencias doctrinales en materia de patria potestad en Colombia. Se recurrirá a fuente primarias como secundarias, tales como: leyes, jurisprudencias, doctrina, libros, artículos científicos, trabajos de grados como tesis o monografías, revistas científicas y demás información confiable de la web a través de la navegación y rastreo y consulta especializada y contextualizada.

### Categoría jurisprudencial

Para Cerda (2011) en la Categoría jurisprudencial se desarrollan aspectos relacionados con el análisis en torno a la jurisprudencia en el territorio colombiano, con el tema concerniente al abandono como causal de la privación de la patria potestad, donde se centralizara su estudio en la normativa vigente frente a la misma.

### Cronograma de trabajo

La gestión de actividades, evento y proyectos de cualquier tipo, y más aún de los Proyectos de Investigación, suponen una planificación precisa y detallada de todos aquellos aspectos que intervienen en él. Según Hernández (2000) además de describir La fase de recopilación de la información, debe analizar los recursos necesarios para su ejecución y diseñar claramente las actividades, por lo que se hace necesario e indispensable gestionar eficazmente el tiempo como otro de los recursos disponible para su ejecución exitosa.

<b>PLAN OPERATIVO</b>	
<b>✓ ETAPA BIBLIOGRÁFICA DE LA INVESTIGACIÓN</b>	
<b>PROGRAMACIÓN DE ACTIVIDADES</b>	<b>TIEMPO QUE SE INVERTIRÁ</b>
RECOPIACIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN, REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA	2 SEMANAS
ELABORACIÓN DE FICHAS BIBLIOGRÁFICAS	2 SEMANAS
PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN	2 SEMANAS
<b>✓ ETAPA DE ELABORACIÓN DEL PROYECTO</b>	
DESARROLLO DEL ANTEPROYECTO	3 SEMANAS Y MEDIA
REDACCIÓN DE LA TESIS	8 SEMANAS
ANÁLISIS Y DESCRIPCIÓN JURISPRUDENCIAL	2 SEMANAS

ELABORACIÓN DE CONCLUSIONES Y RESULTADOS FINALES	4 SEMANAS
SUSTENTACIÓN DE LA TESIS	1 SEMANA
PUBLICACIÓN DEL PROYECTO DE GRADO	3 SEMANAS

*Figura 11. Cuadro Plan Operativo de la Investigación. Fuente: Elaboración propia*

### **Tabla resumen de contenido de capítulo iv y subcapítulos de la tesis**

#### Capítulo IV

#### Desarrollo y crítica de la investigación

#### 1 Análisis y discusión teórica

#### 1.1 Definición convencional de niño

#### 1.2 Desarrollo social de la infancia

#### 1.3 La protección de los niños y niñas en el derecho internacional: la evolución hacia la afirmación de la subjetividad internacional de los mismos

#### 1.4 La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al principio del interés superior del niño

#### 1.5 Contexto contemporáneo del principio del interés superior del niño

#### 1.6 Juicio de igualdad de la Corte Constitucional

#### 1.7 Patria potestad según el icbf

#### 1.8 Aspecto jurisprudencial destacado

#### 1.9 Resultados de la investigación

#### 1.10 Conclusiones

#### 1.11 Recomendaciones

#### Referencias bibliográficas

#### Anexos

## Capítulo IV

### Desarrollo y crítica de la investigación

#### Análisis y discusión teórica

El desarrollo saludable de niños y niñas debe ser una prioridad en todas las sociedades.

La Convención de Derechos del Niño promueve y garantiza que todas las autoridades en todos los niveles implementen las estrategias, acciones y medidas necesarias para garantizar sus derechos e intereses superiores.

En distintos estrados deben a través de abogados y defensores de familia ser defendidos estos intereses de niños, niñas y adolescentes, en su mayoría victimizados por padres que se niegan a brindarles el soporte necesario para sus alimentos, en escenarios judiciales con rituales excesivos o procedimientos inconstitucionales. La garantía de derechos es urgente en todos los sectores, como la educación, la salud y la justicia, especialmente en poblaciones marginadas y de difícil acceso, incluidas aquellas en situaciones de crisis.

Entre tanto el Juez constitucional, en cabeza del máximo órgano de cierre hermenéutico del sistema jurídico colombiano, no puede desconocer la esencialidad que presupone la desprotección de circunstancias que dan lugar a la discriminación entre las personas por cualquier condición, no se justifica luego en un Estado que se autodenomina como "Social de Derecho", la discriminación en ninguna órbita de la vida, mucho menos en el ámbito familiar, en consecuencia, y en protección también de grupos históricamente discriminados por su "condición inferior" nuestra Corte Constitucional bajo la toga del Juez Constitucional ha tutelado en varias oportunidades los derechos de las personas, como Sujetos iguales dignos de protección y condiciones que no denigren ni afecten, bajo ningún criterio su integridad moral.

No siendo esto suficiente todo el ordenamiento jurídico debe brindar protección esencial y no extraordinaria a los menores sobre todo en los procesos judiciales que involucran la limitación al ejercicio de la Patria Potestad de los niños en Colombia.

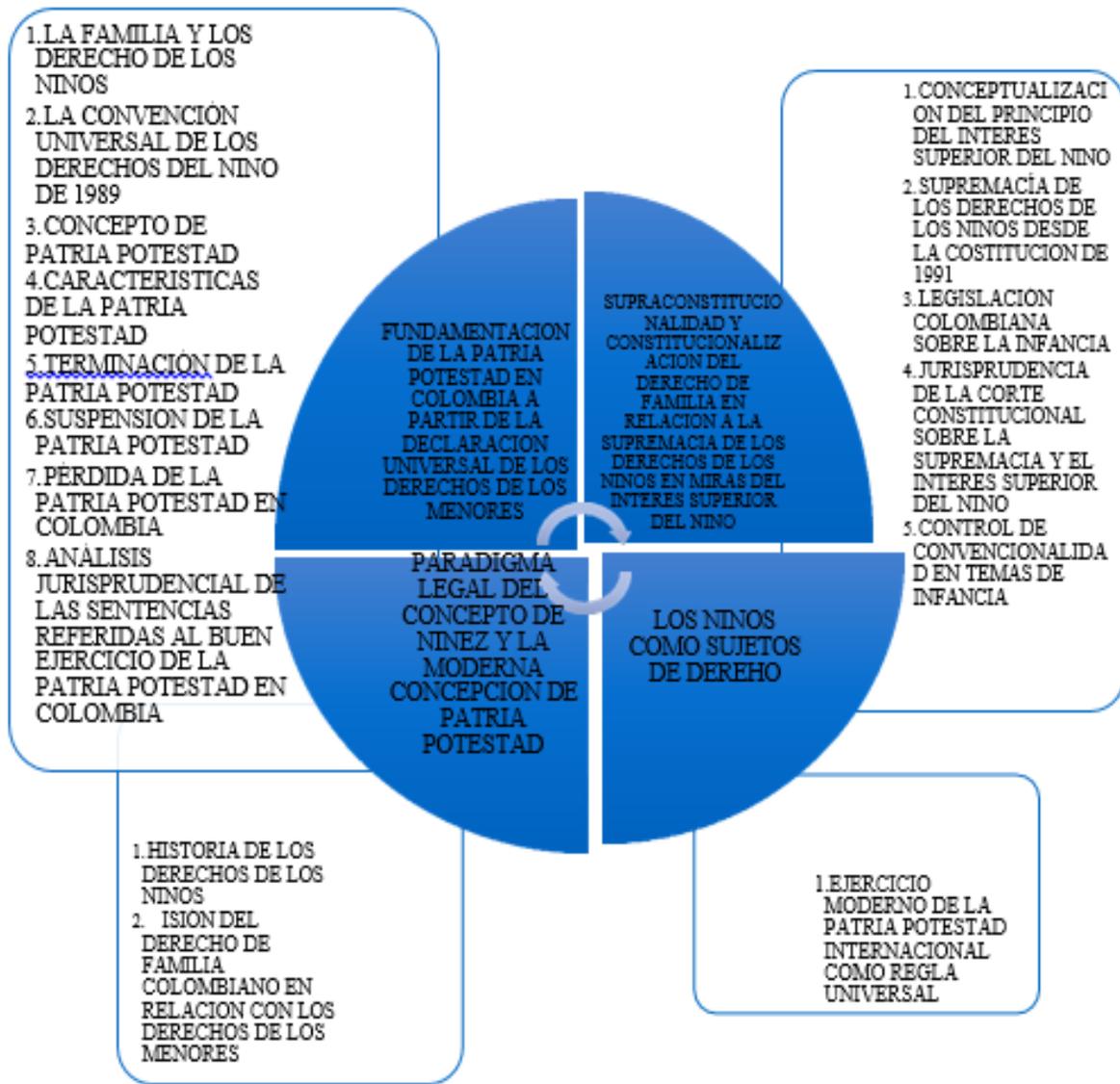


Figura 12. Diagrama circular discusión temática. Fuente: Elaboración propia

### ✓ Definición Convencional de niño

Según la propia Convención sobre los Derechos del Niño (1989), “la mayoría de edad puede ser alcanzada antes de los 18 años si la ley nacional de un Estado lo establece, pero en ese caso la Convención será aplicable hasta que la personas cumpla los 18 años. Es preciso observar que la Convención no utiliza como parámetro la mayoría de edad (plena capacidad jurídica), sino simplemente la edad de 18 años.”

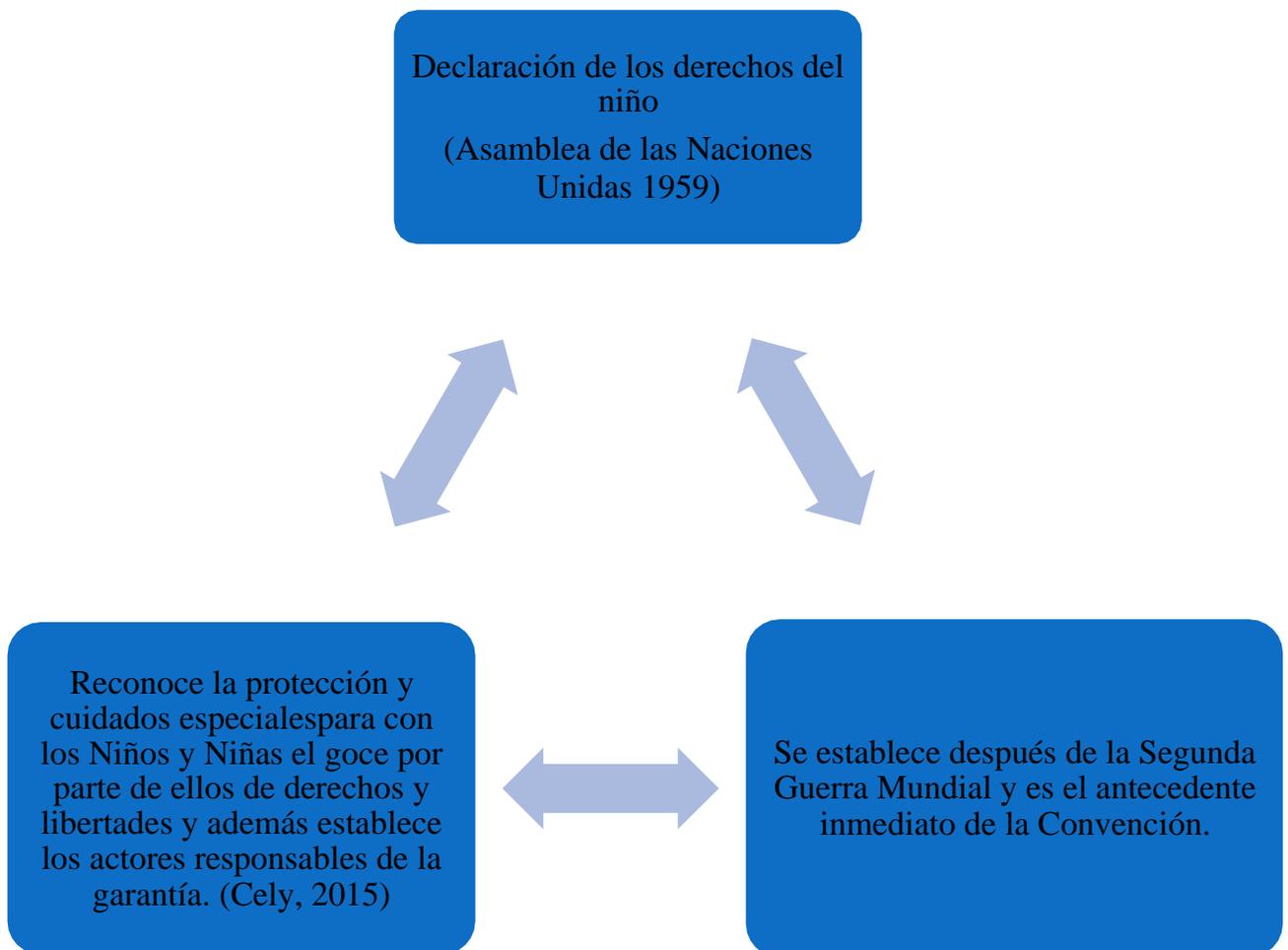


Figura 13. Esquema Declaración de los derechos del niño. Citando a Cely, Fuente: Elaboración propia

✓ **Desenvolvimiento social de la infancia**

Con la llegada de la industrialización, la familia pierde importancia como unidad de producción económica y se centra más en la reproducción, la crianza y la socialización. Como señala Guiddens (2002: 233) para el funcionalismo de Parsons la familia tiene dos funciones principales: la socialización primaria y la estabilización de la personalidad, tanto de los adultos como de los niños. La socialización primaria es el proceso mediante el cual los niños aprenden las normas culturales de la sociedad en la que han nacido. Como esto ocurre en sus primeros años de existencia, la familia es el escenario más importante para el desarrollo de la personalidad humana. De esta forma, para el funcionalismo, la familia nuclear era la idónea para ocuparse de las demandas de la sociedad industrial. Un adulto (el hombre) se ocupaba de trabajar fuera, mientras el otro (la mujer) cuida del hogar y de los hijos. Actualmente, la idea funcionalista de familia es inadecuada y anticuada, amén de las numerosas críticas que ha recibido por la justificación realizada de la división sexual del trabajo doméstico. Además, el funcionalismo deja de lado el papel que tienen otras instituciones como el Estado, la escuela o los medios de comunicación en la socialización de los niños.

Según Morente Mejías (1996), las nuevas formas de familia o de convivencia actuales son muy diversas: desde la convivencia entre homosexuales con hijos, las familias monoparentales tras una separación o tras una inseminación artificial, hasta las familias reunificadas tras la separación con hijos de dos matrimonios diferentes, o con hijos adoptados que se suman a los propios.

✓ **La protección de los niños y niñas en el Derecho Internacional: la evolución hacia la afirmación de la subjetividad internacional de los mismos**

Desde la óptica histórica de una protección paternalista se concebía a los menores de edad como objetos, más no como sujetos de Derecho Internacional. Podríamos decir, en este sentido, que se daba una equiparación entre la falta de capacidad y la falta de subjetividad. La evolución hacia la afirmación de la subjetividad de los niños y niñas en el Derecho Internacional vería así la adopción de distintos instrumentos que, poco a poco, irían afirmando la titularidad de los menores y se consolidaría con la adopción, el 20 de noviembre de 1989, de la CDN, la cual entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

La primera primicia instrumental de protección de los derechos de los niños y las niñas sería la Declaración de Ginebra sobre derechos de los niños, la cual fue adoptada el 26 de diciembre de 1924 por la Sociedad de Naciones. Si bien en este primer momento aún no se reconoció la subjetividad internacional de los niños y niñas, representa la primera ocasión en que se establece a los niños como destinatarios de derechos, independientes o desligados de los derechos de sus padres o tutores. Ya en 1919 se había creado, en el marco de esta organización internacional, el Comité de Protección de la Infancia.

Tras la disolución de la Sociedad de Naciones y la subsiguiente creación de la ONU en 1945, se adoptaron ulteriores instrumentos relativos a la protección de la infancia en el seno de esta organización. Así, la primera referencia a los derechos de los niños fue dada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal, en su artículo 25.2, señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” No obstante, no fue

sino hasta 1959 que se adoptó, en el marco de la ONU, un instrumento específico relativo a los derechos de los niños y las niñas. De este modo, el 20 de noviembre de 1959, mediante su Resolución 1386 (XIV) la Asamblea General adoptó la Declaración de los Derechos del Niño.

✓ **La interpretación de la corte interamericana de derechos humanos al principio del interés superior del niño**

Para La Corte Interamericana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia el principio del interés superior del niño es un principio cardenal que propende como una medida integral de protección de la infancia, cabe resaltar que junto con el principio de no discriminación, ha sido reconocida por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, la cual estableció que “la no discriminación y el interés superior del niño deben ser considerados primordiales en todas las actividades que conciernen a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”

Así para este órgano internacional cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

En esa medida, un primer elemento que podemos identificar es que este principio reconoce la subjetividad internacional del niño y la niña, la cual se manifiesta, por ejemplo, en el derecho del cual goza todo niño y niña a ser oído. En efecto, este principio reconoce la importancia del derecho del niño a ser oído, el cual, como veremos más adelante, puede ser considerado como parte del derecho a la participación. De este modo, se desprende que toda medida adoptada a favor de la niñez sea realmente adoptada a favor de ella, por lo que se busca evitar

aproximaciones paternalistas de parte del Estado o de la propia familia.

✓ **Contexto contemporáneo del principio del interés superior del niño**

El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1º de la CDN establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Según Aguilar (2008) “Lo difícil es dilucidar qué es lo que realmente debemos entender por interés superior del niño. En el caso de Marras, la Corte Suprema se refiere al riesgo de daños que podrían ser irreversibles para el niño, sin especificar ni a qué tipo de daños se refiere ni cómo se podrían producir esos daños. Entonces, la duda que queda es si el interés superior que se toma en cuenta es realmente el de los niños o es el de la autoridad o, incluso, uno más volátil como el de la sociedad.” (Aguilar, 2008. p 232)

✓ **Juicio de igualdad de la Corte Constitucional:**

Contexto práctico:

La Corte ha precisado que el derecho a la igualdad a su vez constituye un principio orientador del ordenamiento jurídico en la medida que efectiviza el Estado Social de Derecho, en ese sentido, ha precisado que la Igualdad tiene una doble dimensión según la óptica que se le pretenda estudiar; la igualdad en sentido forma y la igualdad en sentido material en ese sentido, vemos que la primera connotación hace referencia a la racionalidad que nos ha llevado a

concebir a través de las diversas normas que contienen acciones positivas ciertas de los Estados, según la premisa de que todos somos iguales ante la Constitución y ante las diversas leyes, por su parte, la segunda visión más allá por cuanto pretende que esa igualdad formal pueda irradiar efectos en la realidad, lo que significa que se materializa en la vida de las personas, esta segunda connotación cobra importancia en el estudio de los derechos de los niños frente a los derechos del resto de los seres humanos en otras etapas de su vida, en la medida que reconoce las condiciones desiguales de los seres humanos en la sociedad, entonces tal igualdad material pretende de manera no tanto enunciativa sino práctica que el Estado implemente las políticas y herramientas de protección idóneas para contrarrestar tales desigualdades que no podemos desconocer, para que los niños y niñas por ejemplo en el caso particular bajo estudio puedan ejercer sus libertades y demás derechos humanos constitucionales y convencionales.



Figura 14. Esquema conceptual de las dimensiones del derecho y principio de igualdad en el Estado Social de Derecho. Fuente: Elaboración propia

### ✓ **Patria Potestad Según ICBF**

Según el concepto 112 de 2013 del ICBF se reitera que; en Colombia, la patria potestad es entendida como el conjunto de derechos radicado en cabeza de los padres para la protección, bienestar y formación integral de sus hijos, surge para los progenitores por su condición de padre o madre, sin que sea necesario la obtención de certificación, y que se prueba con el registro civil de nacimiento del niño, niña o adolescente.

En esos menesteres la pérdida o suspensión de la patria potestad, por ser ésta una institución jurídica constitucional y legalmente irrenunciable, intransferible, imprescriptible y temporal, debe ser decretada mediante sentencia por el Juez de Familia, solo cuando se configure una de las causales taxativas contempladas en la ley.

Entre tanto señaló tal concepto referido que de conformidad con lo establecido en el artículo 307 del Código Civil Colombiano y el artículo 9 numeral del Decreto 2150 de 1995, podrá delegarse entre los padres los derechos para el ejercicio de la representación extrajudicial del adolescente que desea salir del País, mediante escritura pública ante Notario.

### **3.2 Aspecto jurisprudencial destacado**

#### - Sentencia C-1003/07

##### ▪ Análisis conceptual

Identificación de la providencia: Corte Constitucional, Sentencia C-1003-2007 Ref.: Expediente D-6833, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil siete (2007)

##### I. Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1°. (parcial) del artículo 315 del Código Civil, modificado por el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974.

### I. Normas jurídicas relevantes

- El Artículo 93 de la Constitución Política ratifica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
- Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progenitura responsable.

El artículo 315. EMANCIPACION JUDICIAL. Artículo modificado por el

artículo 45 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1a) Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.

2a) Por haber abandonado al hijo.

3a) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.

4a) Numeral adicionado por el artículo 10 del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.

- Antecedentes judiciales precursores al estudio en revisión por parte de la Corte Constitucional

A. Única instancia ante la corte: En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Diego Alejandro Pérez Parra y Roberto Carlos González Cárdenas demandaron la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el numeral 1º. (parcial) del artículo 315 del Código Civil, modificado por el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974, por considerar que vulnera los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 16, 42 y 44 de la Constitución Política.

En primera medida en la Sentencia que se estudia el principal supuesto jurídico debatido se pretende hallar si es jurídicamente permitido sí o no declarar inconstitucional el Numeral 1º (Parcial) del artículo 315 del código civil , por la supuesta vulneración de los artículos

1,2,4,5,11,12,13,16,42 y 44 de la Constitución Política

A efectos de resumir el debate sobre el cuál versa el estudio del presente análisis jurisprudencial, se resumirá a través de dos preguntas problematizadas, es decir de acuerdo con la sentencia bajo estudio:

*¿Es Jurídicamente permitido sí o no declarar inexecutable Las expresiones "habitual" y "en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño", y executable las expresiones "por maltrato... del hijo", contenidas en el numeral primero del artículo 315 del código civil, modificado por el artículo 45 del decreto 2820 de 1974? (Sentencia C-1003, Corte Constitucional, 2007)*

Como tesis la Corte considera que si es procedente, procediendo a declarar ajustada a la Constitución la consagración del maltrato del hijo como causal para que un juez decrete la emancipación del hijo y como consecuencia la pérdida de la patria potestad. Además, procederá a retirar del ordenamiento tanto las expresiones "habitual", y "en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño", contenidas en el numeral primero del artículo 315 del Código Civil, por cuanto atentan contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes y desconocen la protección especial consagrada en la contra todo acto de maltrato.

Cabe recordar, que la Constitución, artículo 42, proscribe cualquier forma de violencia en la familia al considerarla como destructiva de su armonía y unidad, ordenando su sanción conforme a la ley. Por su parte, el artículo 44 de la misma Carta Política consagra la protección de los menores contra toda forma de violencia física o moral, no sólo la que sea habitual o ponga en peligro la vida del hijo o le cause un grave daño. .” (*Sentencia C-1003, Corte Constitucional, 2007*)

niñas, para lo cual consagró expresamente que sus derechos son fundamentales, entre ellos los derechos a tener una familia y a no ser separados de ella, y al cuidado y al amor; además se consagró que serán protegidos, entre otros, contra

toda forma de violencia física o moral, y abuso sexual.”. ” (Sentencia C-1003, Corte Constitucional, 2007)

✓ **Importancia del precedente jurisprudencial**

El precedente es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo.

**PRECEDENTE JUDICIAL**  
Los Jueces pueden apartarse si exponen razones que justifiquen su decisión

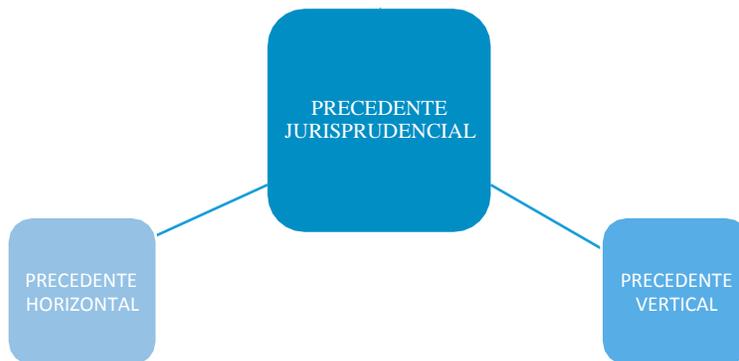


Figura 15. Esquema del precedente Jurisprudencial. Corte Constitucional, Sentencia SU- 172-2015 Fuente:

*Elaboración Propia*

El precedente horizontal hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que, el vertical apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia. Criterios: i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un

problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.

De otro modo, los funcionarios judiciales cuando encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando

- Hagan referencia al precedente que van o no a aplicar
- Ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta

del por qué se apartan de la regla jurisprudencial previa. Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.

En esa medida, sólo cuando un juez se aísla de un precedente establecido y plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga argumentativa antes descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, referente al desconocimiento del precedente judicial.

#### ✓ **Importancia de los órganos de unificación de jurisprudencia**

Cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del sistema.

## Capítulo V

### Resultados de la investigación

En el desarrollo del artículo científico producto de la investigación desarrollada; se procede a presentar el resultado de un esquema riguroso de revisión de literatura científica especializada referente a los antecedentes y marcos de referencias de la presente investigación. Se advierte, en ese orden de ideas, que en este apartado se pretende realizar un estudio de la literatura actualizado sobre la figura de la Patria Potestad en relación con el Interés Superior del Niño, presentando la postura y el resultado de otros investigadores que han tratado en los últimos años el tema objeto de estudio de este proyecto de investigación, haciendo alusión a lo que se sabe sobre el mismo y los aspectos más relevantes que se han expresado en diversas legislaciones del mundo sobre ello.

En un Estado social de derecho resulta indispensable pensar en la existencia de un marco jurídico en el cual se establezca claramente un régimen de responsabilidad de la Familia la Sociedad y el Estado como motor de la administración de justicia en la medida que son quienes defienden los derechos e intereses legítimos de los niños.

En este sentido, el ecuatoriano Salim Marcelo Zaidán Albuja (2016) en su tesis de Maestría en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar con sede en Ecuador, titulada “El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa” realiza un importante análisis de la necesidad de armonizar la constitución de la Republica con las demás normas para que exista una correcta distribución de responsabilidad parental, así pues, nos dice: El problema del prejuicio en temas de familia reafirma la preasignación de roles de padre y madre y en caso de ruptura de divorcio propiciando desequilibrio en la distribución de responsabilidades con respecto a los hijos, llegando incluso a la alienación parental, en ese sentido en el Derecho

legislado de familia se reproducen muchos estereotipos y prejuicios. (p. 20).

Para afirmar los aspectos referidos Durán, Guaquetá & Torres (2011), justificaron que luego de aprobada la Convención, ha habido un esfuerzo importante por transformar los marcos jurídicos nacionales adaptándolos a los principios de esta, Colombia es uno de los últimos países en la región en hacer esa transformación, la cual ha generado una expectativa importante sobre los cambios que se producirían tanto en la vida de niños, niñas y adolescentes, como en el cumplimiento efectivo de las responsabilidades que el Estado tiene ante ellas y ellos (p.558).

Lo anterior, respecto a la Convención Universal de los Derechos del niño de 1989 y el principio garantista en relación a su aplicación en su país que “se ha sostenido que el interés superior del niño es un principio garantista, ya que en toda decisión que afecte a un niño, el axioma se ubica en la cúspide del orden de preferencia, por lo que debe prevalecer sus derechos humanos, observancia imperativa que es impuesta al legislador, a las autoridades e instituciones públicas y privadas, y a los padres.” (Aguilar, 2018) con lo que el autor reafirma que respetar los derechos humanos por el legislador implica igualmente la protección de la Convención en la medida que aplica el principio del Interés Superior del Niño.

Si bien es cierto, la naturaleza indelegable de la patria potestad la hace indisponible en procura de la protección de los hijos no emancipados, debe advertirse que el Interés Superior del Niño según la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se define como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. En otras palabras, se puede indicar que hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. (Torres & Trujillo, 2016)

Corroborando la excepción a lo que se sustenta precedentemente, se encuentra en España un artículo de una profesora de Maestría de la Universidad Internacional de La Rioja, relacionada con una homologación de sentencia en España proveniente de Conaky en la República de Guinea, manifiesta “una sentencia de Conaky República de Guinea, en la que los padres renuncian a la patria potestad de su hija menor, con objeto de que, al reconocerla en España, sus tíos, que viven en tal país, ejerzan la tutela.” (p.1), en efecto, la presente investigación supone un proceso de renuncia a la Patria Potestad que ejercen los padres sobre su menor hija, lo cual, según el estudio investigado, en las dos instancias los tribunales españoles consideraron la irrenunciabilidad de la patria potestad, pero en protección de la niña que vive en Barcelona les concedió a sus tíos la guardia con funciones tutelares para brindarle protección debido a que vive con ellos.(Santaolalla, 2019),

Asimismo, Lehmann, R.B. (2017) hizo una investigación detallada en Chile, en la cual precisó “cómo los principios de interés superior del niño, en un comienzo, y, de corresponsabilidad, de forma posterior, han ido modificando las formas de custodia unilateral” (p.1), de esta forma corrobora la idea de intromisión del principio del interés superior del niño en las diferentes esferas que rodea el derecho de familia dentro de la legislación de la referencia, a lo sumo resulta imperiosa para efectos de la presente investigación evidenciar cual ha sido la evolución de la custodia unilateral conforme al principio del interés superior del niño y su influencia en la corresponsabilidad de los padres.

En concordancia, Yakelyn Melisa, Rosales (2019), en su tesis de maestría titulada: “El interés superior del niño y adolescente como fundamento para la imprescriptibilidad del cobro de la pensión alimenticia en la legislación peruana”, donde el autor expresa los diversos factores jurídicos necesarios para resaltar la necesidad imperiosa a la luz del principio del interés superior

del niño de una modificación profunda respecto al derecho de lo que los peruanos llaman la pensión alimenticia, en concordancia a lo largo del trabajo de grado de maestría se sostiene la tesis de que: “es conveniente que se haga primar el interés de los menores de edad, quienes no se deben perjudicar por la falta del cumplimiento de sus padres en el cobro de la pensión” (p.2).

El análisis jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y, el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos. (Cillero, 2017)

la patria potestad entonces no es un derecho de los padres sobre sus hijos, sino un deber de proporcionarles los correspondientes derechos a los menores, que, como conducta debidamente introyectada por los padres a nivel del entorno familiar, permitiría a los hijos y en general a la familia, que crezcan en ambientes más propicios para cumplir los sueños de formar personas útiles a la sociedad” (Domínguez, 2007, p.17).

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (Convención Universal de los Derechos del Niño, 1989.

Artículos 5, 12). En este sentido, se puede sostener que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Por lo anteriormente expuesto el congreso de la república expidió la ley 1098 en el año 2006, se adopta el código de la infancia y la adolescencia, en donde se posiciona a los niños como sujetos de derechos en la legislación y sociedad colombiana, tiene como propósito buscar el ejercicio, goce, garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños a partir de los principios de protección integral, interés superior, prevalencia de los derechos y corresponsabilidad. (Cely, 2015)

De esta forma, se han mantenido concepciones y modos de comportamiento de los adultos hacia los niños y niñas, lo que ha generado impacto en su desarrollo integral, desde lo cognitivo, emocional, ético, y que han potencializado o restringido sus habilidades y destrezas. Según Álzate, la infancia puede entenderse como esa imagen colectivamente compartida que se tiene de ella “es aquello que la gente dice o considera que es la infancia en diversos momentos históricos” (Álzate, 2003)

Por su parte la Corte Constitucional como órgano hermenéutico de cierre del sistema jurídico colombiano se manifestó respecto a la protección de los niños y señaló que la patria potestad es uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor de edad. Esta institución, ha dicho la Corporación, encuentra fundamento en el inciso 8° 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 de edad o incluso durante su formación profesional, es, por ende, una institución jurídica creada 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.

Así las cosas, ‘los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el del interés superior del hijo menor, facultades que están

subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado'. (Corte Constitucional, Sentencia T-266, 2006)

En reciente pronunciamiento la jurisprudencia del máximo órgano constitucional del sistema jurídico: fue enfático en precisar que, tratándose de la patria potestad, la versión modificada del artículo 288 del Código Civil la define como un conjunto de derechos que la ley le reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que como padres deben asumir. Dada su naturaleza, la patria potestad está conformada por poderes conjuntos que deben ejercer ambos padres, o a falta de uno de ellos le corresponde al otro, y refiere a la administración del patrimonio de los hijos, al usufructo de los bienes que les pertenecen, a la representación judicial y extrajudicial en todos los actos jurídicos que se celebren en beneficio de los hijos, y a la facultad de autorizar sus desplazamientos dentro y fuera del país.

En todo caso, según ha reconocido la jurisprudencia constitucional, “los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado”.(Corte Constitucional, Sentencia T-384, 2018)

Esta nueva concepción del derecho implica un cambio de paradigma en la protección de los derechos de los niños; "constituye el pilar axiológico que estructura la actual regulación de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y parte del reconocimiento de la condición de sujeto de derecho a todas las personas menores de edad". (Sentencia de Inconstitucionalidad, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana, magistrada ponente Norma Lucía Piña Hernández, 2016)

El ejercicio de la patria potestad según Piña Hernández (2016) tiene carácter de función tutelar, por cuanto, comprende un conjunto de deberes, personales y patrimoniales, encaminados al bienestar de los menores.

En cuanto a la constitucionalización del derecho de los niños, Álvarez (2015), apunta que La Constitución política de 1991 le confirió a los niños y a las niñas una posición privilegiada dentro de la justicia y ponderó sus derechos dándoles primacía a estos sobre los demás, pues discierne que: “los niños no son el futuro del país, sino el presente, por tanto requiere brindarles hoy todo lo necesario para que crezcan y se desarrollen integralmente y en las mejores condiciones posibles, es decir, los distintos sectores sociales tienen que trabajar mancomunadamente”(p.48)

En últimas, la consideración del niño como sujeto de derechos no sólo supera la concepción de estos como deberes de la familia, en particular de los adultos y también de las instituciones asistenciales, sino que impone la idea de que el niño es titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar. En este sentido, entonces, "un aspecto trascendental en la regulación de los derechos de los niños es el reconocimiento de su autonomía." (Manual para la Defensa Jurídica de los derechos humanos de la infancia, consulta, 2016)

### Conclusiones

Siguiendo todo el panorama actual, se puede afirmar que se vive inmerso en una sociedad, en la que es evidente que la patria potestad es una institución sujeta a una reinterpretación de acuerdo con el contexto actual que se está desarrollando en la universalización de los derechos de los niños, en consecuencia, no es aceptable una fundamentación que se distancie de la luz del principio medular del interés superior del niño, por cuanto, sería desacatar los lineamientos establecidos en la Convención Universal de los Derechos del Niño de 1989 que ha sido suscrita irrevocablemente por el estado colombiano.

En ese orden de ideas, compilando las premisas de los autores referenciados, se puede afirmar que, para la doctrina vigente, la potestad familiar se define como una figura jurídica categorizada como derecho-deber de la que gozan los padres respecto de sus hijos no emancipados y mayores en estado de incapacidad mental, que, por su connotación generadora de derechos y deberes, crea una relación vinculante que inmiscuye a los hijos como parte de la institución. No es una potestad absoluta ni perpetua y los derechos que de ella se derivan frente a quienes la ejercen, deben practicarse en beneficio de los hijos.

La Convención sobre los Derechos del Niño se basa en la premisa ontológica de que “las personas menores de edad son sujetos en desarrollo, titulares de derechos que requieren para su pleno ejercicio una protección especial y en este sentido, se refuerza el reconocimiento de la dignidad humana fundamental de la infancia”. (Manual para la Defensa Jurídica de los derechos humanos de la infancia, consulta, 2016, p. 56, 58). Dicho instrumento otorga un estatus jurídico a los menores que deja atrás la dicotomía capacidad-incapacidad; se reconoce a los niños como personas en desarrollo que no deben ser tratadas como un mero objeto de tutela, tampoco como un adulto. Así, cuando se vulnera de alguna forma la autonomía personal de los menores, se

atropella su condición de sujeto de derecho; se les cosifica, transformando sus derechos en necesidades.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños.

Una patria potestad absolutoria sólo puede suponer consecuencias realmente negativas en interés superior del niño, por cuanto son ellos quienes ocupan un lugar que por las condiciones inherentes al estado de vulnerabilidad y desarrollo en que se encuentran los niños, son los padres quienes en esta etapa de sus vidas ocupan un lugar dominante y de autoridad en la relación paternofilial, en consecuencia, es de suponer que deben existir límites tendientes a la protección de los niños y las niñas.

Pese a lo anterior, no ha existido consenso en la doctrina por acreditar cual ha de ser la interpretación exacta del compromiso en el ejercicio que han de dar los padres a la institución jurídica de la patria potestad, pese a tal situación desafortunada, el máximo órgano de cierre del sistema hermenéutico jurídico colombiano ha precisado que, sin duda, la patria potestad debe procurar por sobre todo la protección prevalente de los derechos, intereses y garantías de los niños como sujetos de derechos.

En efecto, los derechos de los niños están por encima del de los demás, éste filosófico y romántico precepto se constitucionalizó en la carta de derechos de 1991, llenando un amplio

margen de protección de mandato jerárquico normativo, en la medida que: “la constitución es norma de normas” (Constitución Política de 1991, artículo 4) ello significa que todas las normas del sistema normativo del país deben materializar el propósito que teleológicamente tal postulado persigue.

En el cambio de paradigma que trajo la Convención Universal De Los Derechos del Niño es válido que la patria potestad se pierda cuando sea indispensable para garantizar el interés superior del menor, y se puede perder precisamente, porque la naturaleza jurídica de la patria potestad es la de un derecho-deber, porque precisamente se crea para garantizar el interés superior del niño.

La patria potestad según la sentencia T-384 de 2018:“tiene una función tutelar”(Corte Constitucional, 2018), en efecto, más que un poder de los padres, es un derecho de los niños, que surge a partir de la filiación, son un beneficio legal constitucionalizado que más que lograr el desarrollo integral del niño, procura establecerse en una institución jurídica que está en beneficio del menor, lo que en esencia quiere suponer, es que la patria potestad no debe concebirse como en el anterior paradigma de la situación irregular, es decir, como un poder absoluto para los padres, dejando atrás esa postura que se instituía para que ellos hicieran lo que esté a su arbitrio y sentir con sus hijos, por el simple hecho de ser sus padres.

Se trata de rechazar aquella perspectiva jurídica que apoyaba la idea de que los padres dejan de percibir que los hijos tienen sus propias necesidades y comienzan a pensar que el niño es una prolongación de ellos mismos, por consiguiente, se proclama la imperiosa obligación a quienes ejercen la patria potestad, así como a quienes por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado a menores, a asegurar a éstos un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia, para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad, a protegerlos contra toda forma de

violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión y abuso, y a abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física y psicológica, o de realizar actos que menoscaben su desarrollo integral, destacando que, el ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de menores, no pueden ser justificación para incumplir esta última obligación.

En base a la revisión teórica y discusión contextualizada es de señalar que la aplicación de este principio rector debe estar sometida a las siguientes consideraciones fundamentales: en primer término, el contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos.

El Estado colombiano ha suscrito tratados internacionales que permiten esclarecer ciertos vacíos normativos, siendo el gran interés por suscribir tratados por parte de los Estados llenar esa incapacidad del legislador en muchos casos y por diversas razones de dar respuesta a ciertas circunstancias jurídicamente relevantes y conflictivas, por cuanto una de sus metas es tener el menor número posible de vacíos jurídicos, garantizando así a las personas una mayor seguridad jurídica.

Suscribirse a tratados permite la orientación necesaria, para seguir el camino a la vez que traza esos precedentes para dar claridad y aplicabilidad a ese conglomerado social,

El Estado en su meta o visión por observar, integrar y articular unos contenidos constitucionales para dar una claridad y un fondo de la razón de ser de las decisiones que toma con respecto al momento de la aplicabilidad en respuesta a la necesidad de justicia que necesitamos y es la razón que siempre intenta hallar el Derecho en bienestar de la sociedad en la que se instituye.

El desconocimiento y el menosprecio por los derechos humanos ha sido una constante en las sociedades humanas, por consiguiente, el bloque de constitucionalidad hace referencia a esas normas y principios que si bien no aparecen explícitamente en el texto constitucional permiten interpretar las normas del legislativo, y a la misma Constitución en la medida que sirve de control de constitucionalidad en protección de los Derechos Humanos.

En segundo lugar, el principio del interés superior del menor se consagra como criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos que afectan a los menores, por lo que las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán oponibles si resultan lesivos para los hijos.

Por tercer postulado, debe considerarse que la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, establecida en beneficio de los hijos y, por ello, cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la integridad o formación del menor, cabe privar o suspender a aquéllos del ejercicio de la patria potestad de conformidad con el interés superior del menor y atendiendo a lo que establezcan las normas de familia en Colombia en la materia cuestión y objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

En este sentido es que la privación de la patria potestad o su suspensión, solo se justifica en aquellos casos de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo anterior siempre, atendiendo a los intereses de los niños.

Así, para que sea constitucional la privación por suspensión o pérdida de la patria potestad, con la consecuente suspensión o pérdida de la guarda y custodia y, en su caso, la privación del régimen de visitas y convivencia, éstas medidas tienen que partir de la plena observancia del interés superior del menor, es decir, actualizarse con el único objeto de salvaguardar los derechos de los hijos, no de los padres.

La decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente.

Ratificamos que el propósito de esta investigación se encamina a vislumbrar una ruptura del viejo paradigma que vislumbraba a los niños y las niñas como sujetos de especial protección y por su parte reforzar la nueva concepción de unos niños que se le valora, que se le da voz, debido a que no son simples sujetos a la expectativa de que el buen arbitrio de la población los trate de la mejor manera posible por mera solidaridad, sino que su caracterización debe ser la de auténticos sujetos de derechos, cuya condición vulnerable las naciones del mundo deben tutelar.

Por demás está decir que solamente concibiendo a los niños y las niñas como beneficiarios de todas las garantías como seres humanos en formación que son, es decir incentivando su educación en la protección de todos sus derechos, creyendo en el potencial de las juventudes, replicando las buenas acciones de los adultos sobre todo de aquellos que ejercen la patria potestad y sumando esfuerzos es que cambiaremos en rumbo del Estado colombiano hacia el desarrollo y el cumplimiento utópico de la Convención Universal de los Derechos del niño refrendada.

En conclusión, la nueva percepción jurídico-universal del derecho de los menores implica fundamentar a la Patria Potestad como una institución del derecho familiar sometida a la órbita del interés superior del niño, justamente este principio que no se basa en un mera norma de subsunción, en el sentido que no debe suponerse como un principio abstracto y utópico cuya aplicación material se dificulte, por consiguiente no recaer en el error de predicar *un derecho de papel*, sino por el contrario el interés superior del niño, es un principio, es un derecho y es una norma de procedimiento que recorre el sistema jurídico en especial el derecho de menores en su

realidad latente, en la medida, en que por su condición de vulnerabilidad pueden ser violentados sus derechos incluso por sus propios progenitores, sobre todo aquellos encaminados a proteger su representación, la administración y usufructo de su patrimonio como atributo de su personalidad jurídica.

### **Recomendaciones**

No está demás señalar que una de las cartas constitucionales más completas y garantistas de los derechos humanos en América Latina es la Constitución colombiana de 1991, en efecto, no pretendemos en ninguna medida cuestionar nuestra carta magna, por el contrario lo que se pretende con la presente investigación es llevar a la reflexión sobre si en la práctica de los procesos judiciales y en el ejercicio de las disposiciones de la Convención Universal de los derechos del Niño, la cual como se ha señalado hace parte del bloque de constitucionalidad por tanto sus normas aunque supraconstitucionales tienen rango constitucional, en esa medida, es trascendental que los diferentes actores nos concienticemos si en la vida latente que no es ajena a los efectos del derecho y lo jurídico realmente estamos materializando el espíritu de tal Convención el cual se resume en la aplicación de un principio orientador, y ese principio es el de Interés Superior del Niño.

Para un buen ejercicio de la Patria Potestad se debe: Considerar a los niños y niñas como sujetos de derecho y como actor social (las Administraciones, a sus distintos niveles, deben asumir la responsabilidad y garantía de los cumplimientos de estos derechos).

En efecto, se debe promover una visión integral sobre los derechos y al mismo tiempo seleccionar estrategias y acciones específicas.

Por último, los padres que ejerzan la patria potestad, junto con el Estado y la Familia en general tienen que definir metas considerando el pleno cumplimiento de los derechos, pero siendo esta aplicación consciente y producto del resultado de analizar las necesidades de la infancia sobre la base de las desigualdades sociales, económicas, étnicas y de sexo.

No siendo otro el propósito de este trabajo que el de resaltar que el Interés superior debe

constituir más que un principio una regla y un derecho para que la Familia, la sociedad y el Estado en su responsabilidad triangular puedan satisfacer y hacer valer los derechos de los niños ya no más como sujetos de especial protección sino como auténticos sujetos de derecho con todas las garantías e implicaciones que ello conlleva, en efecto no verlos así supone ir en contravía de su dignidad humana, es decir, sería contrario no sólo a las obligaciones que ha contraído el Estado Colombiano al refrendar tal Convención sino además sería sacrificar los principios que tanto resalta nuestra Carta de Derechos como máximo norma jerárquica dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

*~Difícilmente podrá acceder a la justicia aquél que desconoce tener derecho alguno.*

*~ (Cappelletti & Garth, 1996)*

### Referencia

- Álvarez A (2011) *Constitucionalización del derecho de familia*. *Jurídicas CUC* 7 (1):27-52, 2011. Disponible en: <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/413>
- Aguilar, G (2008) El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *estudios constitucionales*: Año 6, Número 1, 2008.
- Aguilar, Gonzalo. (2018). Control de Convencionalidad y Protección de los niños, niñas y adolescentes. *Pensamiento Constitucional*, 23(23). Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20945/20637>
- Alexy, R (2002) Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. España: Revista española de documentación científica, núm. 66
- Alexy, R (2010) La construcción de los derechos fundamentales. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Alexy, R(1993) Teoría de los derechos fundamentales. España: Centro de estudios constitucionales.
- Álvarez, J (1988) Curso de Derecho de familia: Patria potestad, tutela y alimentos. España: Editorial civitas S.A.
- Angarita, J (1998) Lecciones de derecho civil: personas y representación de incapaces. Colombia: Temis S.A.
- Arango, M (2004) El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Colombia: Precedente.
- Araque, F y Suarez, O (2017) Reflexiones teóricas y legales del adulto mayor y la discapacidad en Colombia. *Revista Jurídicas CUC*, vol. 13 no. 1, diciembre 2017. Pp 97-120 DOI: <https://doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.05>
- Barcia, R. (2018) La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés

superior del niño y corresponsabilidad de los padres. *Ius et Praxis*, 24(2), pp.469-512.

Disponible en <https://ezproxy.cuc.edu.co:2063/record/display.uri?eid=2-s2.0-85060750594&origin=resultslist&sort=plf-f&src=s&st1=inter%20a9s+superior+del+ni%20%29&st2=&sid=ba5d39628b775bf744300d58552a94d5&sot=b&sdt=b&sl=40&st3=TITLE-ABS-KEY%20inter%20a9s+superior+del+ni%20%29&relpos=1&resultCnt=0&searchTerms=>

3%b1o&st2=&sid=ba5d39628b775bf744300d58552a94d5&sot=b&sdt=b&sl=40&st3=TITLE-ABS-KEY%20inter%20a9s+superior+del+ni%20%29&relpos=1&resultCnt=0&searchTerms=

teCnt=0&searchTerms=

Corte Constitucional. (22 de Noviembre de 2007). Sentencia C-1003/07. Recuperado el 9 de

Agosto de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co>: Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-1003-07.htm>

Organización de las Naciones Unidas (1989) Convención Universal de los Derechos del Niño

Disponible en e <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

completo/

Declaración Universal de Los Derechos del Niño. AG. Res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp.

(No.16) p 19-30, ONU Doc. A/4354. (1959)

Durán, E., Guáqueta, C. A. & Torres, A. (2011) Restablecimiento de derechos de niños, niñas y

adolescentes en el sistema nacional de bienestar familiar. *Revista Latinoamericana de*

*Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2 (9), pp. 549 – 559

Domínguez Giraldo, Luis Alberto. (2007) Derecho de familia: la patria potestad. Colombia:

Librería jurídica Sánchez R. Ltda.

Guilló, J (2007) La Convención sobre los Derechos de los Niño. Derechos y Necesidades de la

Infancia. En: Vicente, T y Hernández, M (coordinadores). *Los derechos de los niños,*

*responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia

Hernández, J & Robles, O (2016) Valores sociales en familias y escuela: discusión axiológica.

Búsqueda, 3(16), 81-83. <https://doi.org/10.21892/01239813.169>

Hernández, J; Meléndez, Y & Meza, M (2016). “Organización universitaria y atención familiar en Sucre: una mirada desde la investigación social”. Libro: Transformando organizaciones para un mundo competitivo y sustentable. Universidad de Sinaloa. (Puebla. México. Editorial Incunabula). Pp 1-844.

Hernández, J (2007) Toma de decisiones públicas desde las perspectivas del proceso tecnocrático y la participación ciudadana: caso venezolano. *Revista Venezolana de Gerencia*, vol. 12, núm. 40, diciembre, pp. 553-571 Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela.

Hernández, A (2000) Guía de Análisis; Pautas para el análisis de tesis o trabajos de grado. Caracas. Tesis Doctoral. Cap. VI. USR. (Documento el línea) Disponible en: [http://www.entretemas.com/lineai/ArticulosAnteriores/guia\\_de\\_analisis.htm](http://www.entretemas.com/lineai/ArticulosAnteriores/guia_de_analisis.htm)

Congreso de la República de Colombia (8 de noviembre de 2006) Ley 1098 [Por el cual se expide el Código de infancia y adolescencia. DO No. 46.446

Lora, L. Discurso jurídico sobre El interés superior del niño. En: Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>

Marín, F; Riquett, M; Pinto, M, Romero, S & Paredes, A (2017) Gestión Participativa y calidad educativa en el contexto del plan de mejoramiento institucional en Escuelas Colombianas. *OPCION*. 33 (82). 344 - 365. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/310/31053180015.pdf>

Monroy, M(2017) Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Editorial Librería Ediciones del

profesional LTDA. Decimosexta edición.

- Padial, A. (2007) El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el derecho interno. En: Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia. Valencia: Librería Tirant lo Blanch.
- Rodríguez, M. (2018) El consentimiento informado de los menores de edad en cirugía estética: situación actual legislativa. *Revista Española de Medicina Legal*, 44(4), pp.176 181.DOI: <https://doi.org/10.1016/j.reml.2018.01.001>
- Romero, L & Hernandez, J (2019). Pensión especial anticipada y el principio del interés superior del niño como derecho humano en Colombia. *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*. ISSN 1012-1587/ISSNe: 2477-9385. 35(90), pp. 857-878 Universidad de Zulia. Maracaibo, Venezuela. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/30481/31527>
- Rosales, Y. (2019) El interés superior del niño y adolescente como fundamento para la imprescriptibilidad del cobro de la pensión alimenticia en la legislación peruana. Tesis de grado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Disponible en: [http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/3270/T033\\_44170236\\_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/3270/T033_44170236_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Sandoval, O. (2014) Uniones maritales de hecho en Colombia, una mirada jurisprudencial. *JURÍDICAS CUC*, 10(1), 365-384. Recuperado a partir de <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/469>
- Santaolalla, C (2019) El exequatur en los procesos de jurisdicción voluntaria: el orden público y el triunfo del interés superior del menor. *Ccuadernos de derecho transnacional*, [S.l.], p. 929-936, mar. 2019. ISSN 1989-4570. Disponible en: <https://www.revistas.uc3m.es/index>

.php/CDT/article/view/4667.DOI:<http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2019.4667>.

Torres, J. & Trujillo, J. (2016) Fundamentación constitucional de los derechos derivados de la patria potestad. Pontificia Universidad Javeriana, Cali. [http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8465/Fundamentacion\\_constitucional\\_derechos\\_privados.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8465/Fundamentacion_constitucional_derechos_privados.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Zaidán, S (2016) El derecho constitucional de cuidado de los hijos: normativa. Quito. Tesis de grado. Universidad Andina Simón Bolívar sede en Ecuador.<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5048/1/T1942-MPDC-Zaid%C3%A1n-El%20derecho.pdf>

ANEXOS:



Figura 16: Ilustración dibujo. Sistema Jurídico y funcionalismo sociológico. 2020. Fuente: Elaboración Propia

**RESPECTO POR LOS DERECHOS DE AUTOR:**

Se advierte que el presente trabajo de pregrado para optar al título de abogado; no pretende de ninguna manera hacer propios la información y conceptos bibliográficos implementados, por el contrario, se trata de evidenciarlos en apoyo y respeto de los autores en sus respectivos libros, tesis y trabajos de investigación en los diferentes niveles, así también de los magistrados ponentes en sus jurisprudencias, como el legislador en las normatividades entre otras fuentes abstraídas; en miras de una revisión juiciosa e integral, por el contrario tales autores suponen un papel crucial al ser meritorios de ser elogiados con su manejo de la materia objeto de estudio. La anterior tesis por lo tanto, debe observarse como un estudio sistemático y holístico de todas las fuentes citadas como las referenciadas en la bibliografía conjuntamente como un todo integral de elementos para llegar a una finalidad tal como se precisa en la metodología, sin duda todas esas fuentes de información fueron indispensables para llegar a responder la pregunta problematizada y llegar a unos posteriores criterios de análisis crítico de relevancia jurídica.

*Sin más Anexos.*