

Analisis de la pérdida de la patria potestad en la ciudad de Barranquilla: años 2015-2016

Autores:

Yesenia Saumeth Ravelo
Kimberly Henry Figueroa

Asesores:

Dr. Omar Sandoval Fernández.
Dr. Abel Meza Godoy.

**Universidad de la Costa
Departamento de derecho y ciencias politicas
Facultad de Derecho
Barranquilla
2018**

Analisis de la pérdida de la patria potestad en la ciudad de Barranquilla: años 2015-2016

Autores

Yesenia Saumeth Ravelo

Kimberly Henry Figueroa

Trabajo de grado para optar el título de
Abogado

**Universidad de la Costa
Departamento de derecho y ciencias políticas
Facultad de Derecho
Barranquilla
2018**

Nota de Aceptacion

Firma del Decano

Firma Líder de Grupo de Investigación

Firma de Tutor

Firma de Cotutor

Firma de Juez

Firma de Juez

Dedicatoria

A mi amada madre y su lucha incanzable, a mis padrinos que siempre estuvieron detrás de mí para que me mantuviera enfocada, a mi padre y a Bobi por sus consejos.

Kimberly Henry

A mis hijos que son la inspiración y mejor proyecto de vida, a mis padres y familia que estuvieron presentes en cada una de mis batallas y a Dios el sustento de todo.

Yessenia Saumeth

Agradecimientos

A la universidad de la costa por habernos dado las herramientas necesarias para llegar a ser unas grandes abogadas a nuestros docentes que con mucha dedicación y entrega alimentaron en nosotras el enamoramiento excesivo hacia esta profesión, a nuestros tutores de trabajo de grado en especial al paciente y muy sabio Omar Sandoval, no hay muchas palabras que se puedan plasmar en papel para agradecer, a nuestros asesores del centro de investigación por brindarnos la mejor de las ayudas siempre que lo necesitamos.

Resumen

La presente investigación está direccionada a establecer las condiciones que deben cumplirse para establecer la pérdida de la patria potestad. Autores definen la pérdida de la patria potestad como el total desentendimiento de los deberes parentales. Es ahí donde radica la importancia de esta investigación, al establecer las causas de la problemática, y la causal para la suspensión de la patria potestad en la que más se encuentran enmarcadas los padres al ejercer la patria potestad respecto de sus hijos, hallar las posibles soluciones al verdadero cumplimiento del régimen paterno filial de protección del hijo menor no emancipado. Este trabajo de grado presenta una panorámica crítica desde la doctrina académica y judicial encargada de interpretar la relación existente entre las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales del Código Civil, a saber, la patria potestad y la autoridad parental. Evidencia el proceso evolutivo de interpretación de estas figuras, hasta concluir con un llamado hacia la necesaria interpretación tendiente a salvaguardar los derechos de los infantes y el derecho de todos a tener una familia. El eje central de la presente investigación, consiste en realizar un trabajo de campo encaminado a estudiar casos variables, llevados ante la administración de justicia, en los que se alega las diferentes causales de pérdida de la patria potestad contempladas en el ordenamiento civil, y de esta manera extraer eventuales conclusiones de las principales causas que han venido afectando la senda familiar frente a estas reiteradas circunstancias sociales así como también de los mecanismos de defensa para ejercer los derechos que de esta figura jurídica se desprende.

Otro factor importante, son las cifras que reposan en los juzgados de familia en la Ciudad de Barranquilla; en los años 2015 y 2016, que nos ayudaran a comprender mejor este tema.

Palabras Clave: perdida Patria Potestad, responsabilidad, familia, suspensión, padres

Abstract

The present investigation is aimed at establishing the conditions that must be met to establish the loss of parental authority. Authors define the loss of parental authority as the total misunderstanding of parental duties. This is where the importance of this investigation lies in establishing the causes of the problem, and the reason for the suspension of parental authority in which parents are more framed when exercising parental authority with respect to their children, find possible solutions to the true fulfillment of the filial parental regime of protection of the non-emancipated minor son. This work of degree presents a critical view from the academic and judicial doctrine responsible for interpreting the relationship between the regulatory institutions of the filioparentales relations of the Civil Code, namely, parental authority and parental authority. Evidence the evolutionary process of interpretation of these figures, to conclude with a call to the necessary interpretation tending to safeguard the rights of infants and the right of everyone to have a family. The central axis of the present investigation consists in carrying out a field work aimed at studying variable cases, brought before the administration of justice, in which the different causes of loss of parental authority contemplated in the civil order are alleged, and This way, we can extract possible conclusions from the main causes that have been affecting the family path in the face of these repeated social circumstances as well as the defense mechanisms to exercise the rights that this legal figure gives rise to. Another important factor is the figures that rest in the family courts in the City of Barranquilla; in the years 2015 and 2016, that will help us to better understand this topic.

Keywords: lost Fatherland Power, responsibility, family, suspension, parents

Contenido

Lista de tablas y figuras	12
<i>Resumen</i>	6
Abstract	8
1. Introducción.....	14
2. Planteamiento del problema	16
3. Justificación	17
4. Objetivos.....	20
4.1 General	20
4.2 Especificos	20
5. Referentes teóricos	21
5.1 Marco conceptual	21
5.2 Marco histórico	22
5.3 Marco teorico	25
5.3.1 Derecho a la dirección individual y familiar	25
5.3.2 Interes superior del menor, eje esencial de la garantía Estatal	26
5.3.3. El derecho a tener una familia del menor	28
5.3.4 La patria potestad como instrumento estatal para la protección del menor.....	30
5.3.5 Derecho de los niños.....	31
5.3.6 Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”65.....	32

5.3.7 Responsabilidad parental y límites a la potestad de corrección que tiene los padres en relación con los hijos.	33
5.3.8 Los menores como sujetos de especial protección en la constitución de 1991. El bloque de constitucionalidad para la protección y garantía de los derechos de los niños y niñas	34
5.4 Marco legal.....	35
5.4.1 Causales de suspensión y privación de la patria de potestad.....	39
5.4.2 Con respecto al incumplimiento de la cuota alimentaria se podrá, además:	42
5.4.3 legislación de la patria potestad.....	42
5.4.4 Privación de la Patria Potestad	46
5.4.5 Delegación de la representación extrajudicial y administración de los bienes del hijo	50
5.4.6 La custodia y cuidado personal	50
5.4.7 La Ley 1098 de 2006, en su artículo 23, establece.....	51
5.4.8 El permiso de salida del país	52
5.4.9 Trámite para obtener la visa de un menor de edad	53
5.4.10 El caso de ejemplo.....	53
5.5 La Convención sobre los Derechos del Niño y la Familia.....	54
5.5.1 Los derechos humanos de la infancia y el derecho de familia.....	54
5.6 La convención sobre los derechos del niño y la familia	57
5.7 Los derechos humanos de la infancia y el derecho de familia.....	60
5.7.1 El derecho a tener una familia	62

5.8 Perdida de la patria potestad en el amparo del derecho colombiano y su relación con uniones maritales. Constitucionalizacion del Derecho de Familia	68
6. Del Derecho Comparado Colombia y España.....	72
6.1 Elementos comunes para ambos casos. Trámites procesales comunes.....	72
6.1.1 Custodia compartida.....	73
6.2 Sobre la custodia y perdida de la Patria potestad entre Colombia y España.....	74
6.3. Conclusiones del comparativo	78
7. Diseño metodologico.....	84
7.1 El método	84
7.2 Fuentes de información	88
8. Impacto y resultados esperados	89
9.Cronograma de actividades.....	111
10. Presupuesto	113
11.Conclusiones	114
12.Referencias.....	118

Lista de tablas y figuras**Tablas.**

Tabla 1. Comparativo entre Colombia y España custodia del menor	74
Tabla 2. Proceso de la perdida de la patria potestad	90
Tabla 3. Causales de la perdida de la patria potestad 2015	91
Tabla 4. Causales de la perdida de la patria potestad 2016	92
Tabla 5. Causal de abandono 2015	93
Tabla 6. Causal de abandono 2016	94
Tabla 7. Comunicación del proceso del menor 2015	95
Tabla 8. Comunicación del proceso del menor 2016	96
Tabla 9. Psicorientadora al Servicio del Despacho 2015	97
Tabla 10. Psicorientadora al Servicio del Despacho 2016	98
Tabla 11. El menor será el mas beneficiado 2015	99
Tabla 12. El menor será el mas beneficiado 2016	100
Tabla 13. Posibilidad de conciliación 2015	101
Tabla 14. Posibilidad de conciliación 2015	102
Tabla 15. Discusiones entre padres al momento de definir la custodia/2015	103
Tabla 16. Discusiones entre padres al momento de definir la custodia/2016	104
Tabla 17. Medidas preventivas para el menor 2015	105
Tabla 18. Medidas preventivas para el menor 2015	106
Tabla 19. Medidas Cautelares En estos procesos 2015-2016	107
Tabla 20. Actividades Realizadas	109
Tabla 21. Cronograma de actividades	111
Tabla 22. Presupues globla de la investigación	113

Figuras

Figura 1. Proceso de la perdida de la patria potestad	85
Figura 2. Causales de la perdida de la patria potestad 2015	90
Figura 3. Causales de la perdida de la patria potestad 2016	91
Figura 4. Causal de abandono 2015	92
Figura 5. Causal de abandono 2016	93
Figura 6. Comunicación del proceso del menor 2015	94
Figura 7. Comunicación del proceso del menor 2016	95
Figura 8. Psicorientadora al Servicio del Despacho 2015	96
Figura 9. Psicorientadora al Servicio del Despacho 2016	97
Figura 10. El menor será el mas beneficiado 2015	98
Figura.11. El menor será el mas beneficiado 2016	99
Figura 12. Posibilidad de conciliación 2015	100
Figura 13. Posibilidad de conciliación 2016	101
Figura 14. Discusiones entre padres al momento de definir la custodia/2015	102
Figura 15. Discusiones entre padres al momento de definir la custodia/2016	103
Figura 16. Medidas preventivas para el menor 2015	104
Figura 17. Medidas preventivas para el menor 2016	105
Figura 18. Medidas Cautelares En estos procesos 2015-2016	106
Figura 19. muestra la entrada en vigencia de Còdigo general del proceso	107

1. Introducción

El interés superior del menor como un derecho de carácter imperativo que le compete velar al estado y a la sociedad, versa en la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, donde el desarrollo integral del menor va acompañado de una protección y acompañamiento de carácter preferente imponiéndosele tal responsabilidad a las instituciones estatales y en especial a la familia que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales fines.

Es por tanto, que el Estado a través de sus instituciones y la manifestación de la jurisprudencia de relevancia constitucional, ha reiterado el alto valor jurídico y social de la familia, como núcleo central de la sociedad y por ende del desarrollo integral y coetáneo de los derechos fundamentales de los infantes, de allí que ignorar la protección de la base familiar, aun cuando sus miembros se encuentren separados por alguna circunstancia, implica la amenaza seria a los derechos fundamentales de sus integrantes, especialmente de los niños pertenecientes a estas.

Tanto el orden normativo nacional, como ciertas herramientas internacionales del bloque de constitucionalidad, han fijado lineamientos especiales a favor de mantener un vínculo responsable y fuerte, entre los padres y sus hijos, sin importar la configuración misma del grupo familiar, siendo posible su separación, y por motivos excepcionales a la luz del principio pro infantes aplicados por operadores Judiciales..

El eje central de la presente investigación, consiste en realizar un trabajo de campo encaminado a estudiar casos variables, llevados ante la administración de justicia, en los que se alega las diferentes causales de pérdida de la patria potestad contempladas en el ordenamiento

civil, y de esta manera extraer eventuales conclusiones de las principales causas que han venido afectando la senda familiar frente a estas reiteradas circunstancias sociales así como también de los mecanismos de defensa para ejercer los derechos que de esta figura jurídica se desprende.

2. Planteamiento del problema

Entre los años 2015 y 2016 en el Distrito Judicial de Barranquilla en los Juzgados de Familia del Circuito, se observó un aumento en los procesos referentes a la privación de la patria potestad, en la actualidad el panorama no es alentador y dista mucho a mejorar, puesto que ese derecho no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por parentesco y filiación, son cercenados por el comportamiento relativo al abandono de los deberes para con el hijo menor, de aquellos que se suponen llamados al cuidado, crianza, guarda y dirección de estos.

Es preciso recordar que según la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y la H. Corte Suprema de Justicia, el abandono como causal de la privación de la patria potestad conlleva el total desentendimiento de los deberes parentales. Es ahí donde radica la importancia de esta investigación, al establecer las causas de la problemática, y la causal para la suspensión de la patria potestad en la que más se encuentran enmarcadas los padres al ejercer la patria potestad respecto de sus hijos, hallar las posibles soluciones al verdadero cumplimiento del régimen paterno filial de protección del hijo menor no emancipado.

Es por esto, que esta investigación servirá para incentivar futuros investigaciones que también contribuyan a dar una solución definitiva a este problema de orden jurídico social a fin de fortalecer el principio constitucional del interés superior del menor.

3.Justificación

Ha sido abundante la jurisprudencia en establecer que, la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir, para garantizar respecto de los hijos su protección, y bienestar integral desde el nacimiento, es decir persona nacida viva, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

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.

Además de las características primigenias de la patria potestad, se agrega también la de ser una institución temporal y precaria. Lo primero, por cuanto, por regla general, 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.

Así pues, la eventualidad jurídica de la suspensión y terminación de la patria potestad, se encuentran regulados en los artículos 310, 311 314 y 315 del Código Civil, y sus efectos jurídicos recaen sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo. De acuerdo con tales normas, la patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres,

previa decisión judicial que así lo determine: (i) Por su demencia, (ii) Por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y (iii) Por su larga ausencia. De igual manera, la patria potestad termina, también mediante pronunciamiento del juez, por las misma causales previstas para que opere la emancipación judicial, esto es: (i) Por maltrato del hijo, (ii) Por haber abandonado al hijo, (iii) Por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, y (iv) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. Los efectos de la terminación tienen carácter definitivo, siendo imposible su recuperación, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo.

Por virtud de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, les corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad.

Pues bien, es sabido el problema de congestión judicial que afrontan los juzgados de la jurisdicción ordinaria, en especial en el distrito judicial de Barranquilla, y concretamente en los juzgados de familia, pues cada día son más las controversias familiares que se elevan ante los estrados judiciales, para que sea precisamente un juez de la republica quien opte por la decisión final respecto a estas disputas entre padres e hijos genitoras de los nucleos familiares.

Una de las problemáticas por la que se encuentran atravesando en la actualidad las familias colombianas, es la falta de responsabilidad de los padres hacia los hijos quienes tienen unos derechos y deberes respecto de sus hijos, que el estado social de derecho les brinda protección constitucional y estatal de cuidado algunos relacionados con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.

Según Sandoval (2014) Tener una familia no es solo un derecho reconocido por una normatividad, es un privilegio y un regalo de la vida que tenemos el deber de proteger y defender de los avatares de la cotidianidad que quiere acabar con ella.

En este orden de ideas, se pretende realizar esta investigación de carácter socio-jurídica tendiente a encuestar a los jueces del circuito de Familia de la ciudad de Barranquilla, frente a las causas más reiterativas, en la sociedad atlanticense por suspensión y terminación de la patria potestad que se han elevado ante la administración de justicia durante los años 2015 y 2016, y de esta manera determinar cuál de las causales previstas en los artículos 310, 311 314 y 315 del Código Civil, ha dado lugar al mayor número de casos que se han presentado, y así poder plantear posibles puntos positivos que contribuyan a crear conciencia en la población de la importancia de los deberes y responsabilidades que como principales actores le competen frente a los menores, para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, lo que no solo se le imponen a estos, tal responsabilidad, ya que así mismo el Estado, y la sociedad en general, deben ser activos en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales propósitos.

La recopilación de esta investigación, es meramente descriptiva, lo que permitirá la elaboración de una tesis final, que analizara diferentes tópicos de la patria potestad como un problema jurídico-social en la población barranquillera concretamente, el cual se realizara a través de la aplicación de una encuesta dirigida a dichos jueces mediante un cuestionario que servirá de base y guía; aunado se realizara una entrevista que cerrara la recopilación de la información requerida.

4. Objetivos

4.1 General

Analizar las causales de la perdida de la patria potestad que se ventilan ante los juzgados de Familia del Circuito de Barranquilla en los años 2015 y 2016

4.2 Especificos

- 1.Realizar estudio de campo respecto a las causales de perdida de la patria potestad en los diferentes juzgados de familia.
- 2.Extraer datos estadísticos que permitan verificar las principales causas de la perdida de la patria potestad en la ciudad de Barranquilla durante los años 2015-2016
- 3.Proponer medidas preventivas y de acción respecto de los principales problemas jurídicos en las causas de la perdida de la patria potestad.

5. Referentes teóricos

5.1 Marco conceptual

Patria potestad: De conformidad con lo previsto en el Código Civil, artículo 288, modificado por la Ley 75 de 1968, artículo 19, “la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

Inciso 2° : Inciso 2° Modificado el Decreto 2820 de 1974 art. 24 —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 (p. 142) Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. (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.

Tenencia y ejercicio responsable de la potestad parental: Es aquel derecho que le asiste al menor no solo a tener, sino a que se ejercite debida y responsablemente la potestad parental.

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, etc) 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: son aquellas medidas preventivas frente a la conservación, disposición, incluso suspensión de facultades administrativas en cualquier parte, de todas o unas de las autoridades públicas o ante particulares respecto de unos o todos los bienes, bien sea fueran durante el proceso siempre que se pida en la demanda o en momento posterior o consecuencialmente.

5.2 Marco histórico

En la historia de la época romana, se tenía que el hijo era considerado simplemente como un elemento propio del padre, por tal razón el páter familias ejercía respecto a ellos, una especie de derecho subjetivo, de naturaleza casi publica, tanto así, que los derechos de uso, fruto y disposición le eran aplicable a sus descendientes.

En efecto, aquello que los hijos recibieran a título de donación, remuneración, herencia o cualquier otra causa, pasaban a ser propiedad directa del padre, esto en atención a que “el que está bajo potestad de otro no puede tener nada suyo...” (Gayo, 1887). Empero, no todo resultaba provechoso para la órbita económica del padre, ya que como contraprestación de las adquisiciones de los hijos - que pasaban a ser propiedad del pater-, debía éste asumir consigo las faltas o consecuencias que se derivaran de tales adquisiciones, es decir, el padre asumía directamente –como si fuese quien hubiese logrado lo ganado- la incidencia que se tuviese frente a terceros por lo cometido.

Era tanto el vínculo de dependencia del hijo frente al padre, que las autoridades no se atrevían a reprimirlo por conductas impropias que éste cometiera, sino hasta que el padre así lo autorizara; de no autorizarlo, no se podía contrariar tal decisión, pero el padre –por considerarse padre e hijo como uno solo- debía asumir las consecuencias por parte del afectado, si hubiere daño.

En este tenor, la doctrina ratifica la idea de que el exceso de poder termina encausándose hacia el abuso del otro, y ello obedece a que, el pater familias llegó a ejercer tanto dominio sobre la vida de sus hijos, hasta tal punto que podía venderlos cuantas veces quisiera a terceros como esclavos y no por ello, perdía las facultades de potestad sobre él.

No obstante, con el transcurrir del tiempo, la modalidad de venta y restitución que se tenía frente a los hijos, resulto inapropiado para la sociedad primitiva, y por tal razón, la Ley de las Doce Tablas estableció para el padre que vendiera por tercera vez a su hijo, se le castigaría con la pérdida de la patria potestad de modo definitivo.

En virtud de esta primera interferencia frente a la norma y a las costumbres exegéticas que se tenía frente a la vida de los hijos, comenzaron a debilitarse los hilos de poder que le asistía al padre para con ellos, y en consecuencia, la figura de la patria potestad fue tomando otro norte, pasando de

ser una prerrogativa integralmente del padre, para convertirse en un instrumento a favor del hijo, afianzándose así la prevalencia de su interés.

Tanto fue así, que en las guerras de la civilización romana, se condicionó un sistema político y social alrededor de la tarea bélica, que consistía en que los hijos jóvenes combatían para garantizar seguridad a la población y además, para tal época, “la guerra, que se ganaba, resultaba un buen negocio para el guerrero, o lo era en la época antigua, porque la derrota del enemigo permitía obtener riquezas” (Medina, p.275) .

Estos hijos que iban a combatir y salían victoriosos, llegaban con ciertas riquezas, y pues bien el abuso del pater se había restringido, más no abolido sin embargo pasaban a ser propiedad de los padres.

Ante ello, el gobierno romano no tuvo más salida que expedir una ley que permitiera al hijo de familia, gozar plenamente de las riquezas merecidas, del cual quedaban facultados para administrarlo y disponer de él sin auspicio de los padres.

Ante esta serie de hechos, se dio al ruedo nueva figuras jurídicas, el cual conllevó a que quedara abolida la noción viciada que se tenía frente a la institución de la patria potestad, y en el transcurrir de la historia tal noción se fue expandiendo con respaldo en el sistema normativo internacional, y afincado en la ventaja que le asiste al menor frente a tal institución, a lo que aterriza tales efectos y se consagra en nuestra legislación Civil, (artículo 288), una concepción amplia referente a la patria potestad, en cuya literalidad se consagra que “ *La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a 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.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.

Así pues, estos aspectos principales frente a la concepción tradicional de la patria potestad que se remonta en Roma basada en una delegación de la soberanía en la familia (Roma) o en una potestad civil (de relación de subordinación) quedo ampliamente modificada en nuestro país, por una nueva y moderna concepción de esta figura jurídica, en virtud de la Carta Política de 1991, y también por el Cogido de la infancia y la adolescencia, cambio que significa que la potestad parental ya no es un derecho, ni un interés de los padres sino que en ella también comprende un derecho y un interés primordial del menor a tenerla y que se ejerza por ende responsablemente.

La regulación de esta figura jurídica en el estado social de derecho se perfiló bajo una óptica constitucional, con la vigencia de la constituyente de 1991, afianzada de los diversos pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, como garante de los derechos fundamentales y veedor de la Carta magna el cual consagro en su artículo 44 la obligación de la familia y su función de brindarle a los menores el cuidado y el ejercicio pleno de sus derechos, con una protección relevante por el Estado, y su regulación, frente al derecho internacional de los derechos humanos.

5.3 Marco teorico

5.3.1 Derecho a la dirección individual y familiar.

En torno a este aspecto diversos tratadistas han hecho énfasis, en que se trata de aquel derecho a tener en lo estático y que se ejerza responsablemente en el aspecto dinámico una dirección individual y familiar que procure su correcta y máxima formación, tanto para vida minoril, como para la vida adulta. Se trata de un derecho constitucional consagrado en el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, el cual involucra, desde luego, el aspecto funcional familiar de la dirección, el cual se

traduce en el derecho a la tenencia y ejercicio responsable de la potestad parental y en su defecto de la guarda. (Lafont, 2007).

5.3.2 Interes superior del menor, eje esencial de la garantía Estatal.

Tanto en el ámbito internacional, como en nuestro Estado Social de Derecho, los niños, niñas y adolescentes gozan de un estatus especial de protección constitucional, por la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad en la que ésta población en proceso de formación se encuentra. Ante lo dicho, encontramos que 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”. (CConst, C-200/2014, A. Rojas)

Consecuentemente, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3º, numeral 1º dispone que, “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”; bajo el mismo canon, en su numeral 2º, establece que

“Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”. (p. xx)

En este orden y dado al estricto cumplimiento de los compromisos internacionales a los que se ha obligado el Estado Colombiano, se fijaron normas básicas para la protección de derechos en aras de

salvaguardar el bienestar de los menores, y se consagra en el artículo 44 de la carta superior, que “los derechos de los niños prevalecerán sobre los demás”, conduciendo esta literalidad normativa a que el Estado, la sociedad y la familia deban brindar una protección integral frente a los derechos propios de estos sujetos de trato preferente sobre los del resto de la población.

No obstante, esta guardia de derechos no se puede concebir desde un punto de vista abstracto, ésta debe ir correlacionada con la materialización de unos principios de carácter supra legal, que bien lo ha dicho la jurisprudencia nacional, en sentencia T-260 de 2012, son,

- i) La igualdad y la no discriminación,
- ii) El interés superior de las y los niños,
- iii) La efectividad y prioridad absoluta y iv) la participación absoluta.

Respecto al principio de interés superior del menor, en el plano legal se tiene que a partir de la expedición del Código de Infancia y Adolescencia se continuó con la armonía del establecimiento internacional en la materia referida, y en su artículo 8º señala que, “*se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”; en otras palabras quiere ello decir que, la norma impone a las personas e instituciones estatales o privadas, las cuales llama el Estado a fungir como garantes, a que sus actuaciones o la toma de decisiones que adopten, giren en torno a la prelación de los derechos del menor.

Ahora bien, resulta pertinente resaltar que la jurisprudencia esclarece que el término de “interés superior del menor”, varía de acuerdo con cada situación particular, luego entonces, frente al eventual escenario de un conflicto de derechos en los que se vea inmiscuido un menor, el administrador de justicia deberá evaluar la situación fáctica especial, y así determinar cuál es el derecho que le asiste al

menor y que el Estado consecuentemente deba proteger. Así las cosas, se colige el deber constitucional y legal que le asiste a todos los llamados por el Estado a ser guardadores de los intereses del menor.

5.3.3.El derecho a tener una familia del menor.

La Convención Interamericana de Derechos humanos, establece que, “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”; y de conformidad con ello, nuestra Constitución Política ratifica en su artículo 42, que “*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”.(Artículo 17, numeral 1°).

En virtud de lo antedicho, el Estado parte de la convicción de que un núcleo familiar sólido servirá como garante, en principio, para proteger la integridad de los menores, recordando que son sujetos de especial protección, y es por esta razón, que dispone en el artículo 44 de la constitución Nacional, que entre los derechos fundamentales que le son inherentes a los niños, está el derecho a tener una familia y no ser separados de ella.

Consecuentemente, desde muy temprana jurisprudencia la Corte ha entendido que “la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”. (CConst, T-447/, 1994.V, Naranjo).

No obstante, frente a la regla general, salta el interrogante de, ¿Qué sucede cuando el menor que se encuentra al interior de un núcleo familiar y no puede ser separado de tal núcleo, se le están transgrediendo por parte de los mismos miembros, sus derechos.?

Pues bien, de conformidad con la sentencia C-997 de 2004, se establece que esta garantía de que a los menores le asista el derecho de tener una familia y no ser separados de tal núcleo, no se puede predicar bajo un criterio absoluto, porque tal derecho

“No radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad), sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la existencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”.

Luego entonces, esta excepción estriba en que se admite la separación del menor del cuerpo familiar, sólo cuando lo imponga el interés superior.

Advierte la Corte Constitucional que, no se admiten circunstancias en las que se separe un niño o niña de su familia, cuando i) la familia biológica es pobre, ii) cuando los miembros de la familia biológica no cuentan con una educación básica, iii) cuando alguno de los integrantes de la familia biológica ha mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, y iv) cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en algunas de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar).

Esta serie de situaciones permiten establecer el reflejo que le asiste al derecho fundamental del menor de tener una familia, por cuanto, la norma va más allá de la exegesis de tener unos miembros que conformen un núcleo, bien sea por vínculo de consanguinidad o afinidad, a brindarles a los menores un curso normal, armónico y estable, con independencia de si son o no sus padres biológicos. En conclusión, el derecho a la familia trasciende la idea de la conformación normal de un hogar, a la idea de tener personas garantes de los intereses de los menores como sujetos de protección especial por nuestro sistema normativo.

5.3.4 La patria potestad como instrumento estatal para la protección del menor

En nuestro ordenamiento jurídico la legislación establece que 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. (Código Civil, Art. 288)

En armonía con lo estipulado, y recordando que el legislador no entra a conceptualizar, sino a regular situaciones fácticas concretas, la jurisprudencia ahonda sobre tal figura y establece en sentencia T- 884 de 2011 que,

“La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho no en favor de los padres, sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres”.

En efecto se tiene, que el Estado en aras de contribuir a las garantías que le asisten a los menores, instaure un instrumento para salvaguardar a los mismos, y lo reposa sólo en cabeza de las autoridades visibles al interior de la familia, es decir, deposita sobre los padres de los menores facultades propias para garantizar un cuidado sobre el niño o niña, hasta el tiempo que la ley lo exija. Adviértase, que este instrumento garantista del menor consiste de características tales como ser, irrenunciable, intransferible e indisponible; por lo tanto, en virtud de la ausencia de uno de los padres, no se

extinguirá proporcionalmente la responsabilidad que sobre el que quedare recaer, sino que éste asumirá su rol de garante frente al menor como si se contara con la presencia del otro. Empero, tan sólo por mandato de la ley se podrá extinguir tal prerrogativa a la merced de los padres.

Esta institución busca patentizar las consignas normativas internacionales de brindarles a los niños y niñas un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas.

5.3.5 Derecho de los niños

Nuestra Constitución Política brinda una protección integral a los niños y niñas a través de garantías y derechos, que guardan respaldo al tenor del artículo 44 superior, cuya literalidad dispone:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

5.3.6 Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”⁶⁵

Bajo tal precepto, la Corte Constitucional entró a analizar lo referido y consideró en **sentencia C-273 de 2003**, que:

"El primer aspecto cabe resaltar de esta norma es la doble categorización que hace de las garantías contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional, dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos de poder que contribuyan para tal fin.

En cuanto a los derechos contemplados, se encuentran en juego ciertas garantías constitucionales, como los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el nombre, la nacionalidad, la educación, la cultura y la libertad de expresión. En otros casos enuncia derechos

generales, pero precisa algún contenido específico, como el derecho a tener una familia, que en el caso de los menores contempla un contenido especial: y no ser separado de ella.

En tercer lugar, se encuentran así mismo prerrogativas, especialmente consagradas para los menores: el derecho a recibir una alimentación equilibrada y el derecho a recibir cuidado y amor, los cuales, en especial el segundo, adquieren un lugar destacado en el análisis del presente caso.

La norma también eleva a nivel constitucional la protección contra diferentes formas de agresión, tales como el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos.

En este sentido resulta conducente afirmar que los niños y niñas, gozan hoy por hoy de un enriquecido cuerpo normativo que respalda sus intereses, y en suma, les otorga la prevalencia para su resguardo, frente al resto de la población. Por tal razón, queda rezagada aquella idea del pasado, en la que el menor era sujeto a derechos en los que de manera optativa podían ser transgredidos por su pater familia.

5.3.7 Responsabilidad parental y límites a la potestad de corrección que tiene los padres en relación con los hijos.

La obligación a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños y niñas durante el proceso de su formación, es lo que el Código de la Infancia y Adolescencia en su canon 14 lleva por nombre, “*responsabilidad parental*” como se resalta en el acápite conceptual; ésta responsabilidad es, por disposición legal, compartida entre el padre y la madre del menor, en la cual, el Estado le permite a los padres libre albedrío frente a la formación del menores, siempre y cuando sea llevada dentro de los parámetros sanos, benéficos e integrales que la ley disponga para la formación del menor, tal facultad, los posibilita para exhortar a los menores de conductas inadecuadas, con el límite de que no exista algún tipo de afectación a nivel

de sus derechos como sujetos de especial protección para el Estado, de lo contrario, los padres que abusen de tal facultad conducirían a ofender la confianza depositada por el Estado a su tarea educativa y tal situación los hace indignos antes la ley de continuar representando a sus hijos.

Por su parte el Código Civil entra a regular los eventos específicos que le competen a las autoridades dentro de un núcleo familiar para con sus hijos menores, siendo, i) el cuidado personal de la crianza de sus hijos (Art. 253), ii) obligación de mantenerlo o alimentarlo (Art. 411), y iii) de educarlo e instruirlo, es decir, tienen la dirección de la educación del hijo con la facultad de corregirlo (Art. 262, modificado por el Decreto 2820/1974, art. 21). Todo ello con la finalidad de garantizarle un bienestar presente y futuro al menor.

5.3.8 Los menores como sujetos de especial protección en la constitución de 1991. El bloque de constitucionalidad para la protección y garantía de los derechos de los niños y niñas

La Corte Constitucional ha sostenido en sentencia C-240 de 2009 que,

“Los tratados y convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 superior, integran la Carta Política en la medida en que sus disposiciones tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional. Tales preceptos internacionales complementan la parte dogmática de la Constitución, conformando el llamado bloque de constitucionalidad, que está constituido por aquellas normas y principios que sin aparecer expresamente en el articulado de la Constitución, han sido integrados a ella por diversas vías, incluyendo el reenvío que la misma Carta realiza a través del artículo 93 superior.

“El bloque de constitucionalidad no solamente está integrado por las normas protectoras de los derechos humanos, sino también en los casos de conflicto interno o externo, por aquellas que componen el llamado Derecho Internacional Humanitario (DIH), por lo que la figura ha logrado conciliar en nuestro sistema jurídico el principio de la supremacía de la Constitución con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados internacionales referidos (art. 93 C.P.), y para que opere la prevalencia de tales instrumentos internacionales en el orden interno, es necesario que se den dos supuestos a la vez: de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”.

De conformidad con lo expuesto, nuestro Estado Colombiano adopta los lineamientos internacionales y le permite aplicabilidad en nuestra esfera nacional, a temas concernientes –en este caso, por ser objeto de estudio- a las garantías de los menores, pues se recuerda, son los niños y niñas los que gozan de un trato especial en nuestro país.

5.4 Marco legal

Dentro de la legislación aplicable tanto nacional como en el ámbito internacional, base de esta investigación concerniente a la pérdida de la patria potestad y su cimiento normativo tenemos dentro de estas directrices legales como primera medida la Constitución Nacional en sus

artículos 44 y 93 como principios constitucionales del cual se centrara esta investigación socio jurídica, pues estos artículos preceptúan,

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

En el ordenamiento jurídico nacional, en la legislación civil lo concerniente 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 facultades de representación legal, administración y usufructo. De acuerdo con tales normas, la patria potestad se suspende frente a cualquiera de los padres, previa

decisión judicial que así decida al respecto, así mismo en armonía, al artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

El precedente jurisprudencial constitucional, es relevante en la presente investigación como quiera que profundiza los lineamientos frente a los derechos constitucionales de los niños, la familia y las responsabilidades parentales que se derivan de la figura de la patria potestad como defensa al interés superior del menor, algunas tales como, la sentencia C-200/2014, T-260 de 2012, C-997 de 2004, que establece la prerrogativa referente a que los menores le asista el derecho de tener una familia y no ser separados de tal núcleo, no se puede predicar bajo un criterio absoluto, del cual se derivan responsabilidades y deberes frente al interés superior del menor, sentencia T- 884 de 201, sentencia C-273 de 2003 mediante el cual se reitera el carácter fundamental de los derechos de los niños.

El bloque de constitucionalidad por su parte será una senda normativa internacional, para trazar los lineamientos de esta investigación, 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 2º 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.

Esta referida gama de tratados internacionales, sirvieron para enriquecer nuestra norma, y tener como eje central dentro de la prelación garantista de derechos, el bienestar del menor.

Artículo 288. <Definición de patria potestad. Artículo subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:

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.(p. 142)

Inciso 2º Modificado el Decreto 2820 de 1974 art. 24 “*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 (p. 142)*

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

Artículo 289. <patria potestad por legitimación. Artículo modificado por el artículo 25 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: La legitimación da a los legitimantes la patria potestad sobre el menor de 21 años no habilitado de edad* y pone fin a la guarda en que se hallare.

Artículo 290. limitación por razón del cargo. La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo. Los empleados públicos, menores de edad, son considerados como mayores en los concerniente a sus empleos.

Artículo 310. Suspensión de la patria potestad. Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente:> La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el

artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo. Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad*. La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos. Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad*.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

Artículo 311. **Decreto de la suspensión de la patria potestad.** La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ellos los parientes del hijo y el defensor de menores.

5.4.1 Causales de suspensión y privación de la patria de potestad

La Patria Potestad esta constituida por todos aquellos Derechos que otorgan las leyes a los padres sobre sus hijos no emancipados. Esos Derechos les permiten cumplir sus Deberes como padres. La patria potestad se puede suspender o perder, por lo tanto son dos fenómenos jurídicos un tanto diferentes. La suspensión es de carácter temporal, es decir, que una vez rehabilitado el padre puede volver a ejercerla. La pérdida es indefinida. Por ello, no es posible aplicar las causales legales para la suspensión o la pérdida de la patria de potestad, de manera indistita.

El artículo 310 del Código Civil Decreto 2820 de 1974 Art. 42 Dec. 772 de 1975 Artículo 7º la Patria potestad se suspende a que cualquiera de los padres , estipula las causales que dan lugar a la suspensión de la Patria Potestad, y que son:

1. Demencia

2. Por estar en entredicho en la administración de sus propios bienes

3. Ausencia prolongada de uno de los padres

Mientras que el artículo 314 Código Civil establece las causales que dan lugar a la pérdida de la

Patria Potestad, a saber:

1. Muerte real o presunta de los padres

2. Por el matrimonio del hijo

3. Por haber cumplido el hijo la mayoría de edad

4. Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.- (Conc. 97 C del PPC Art. 446.

Art. 315 : Modificado Decreto 2820 de 1974 Art. 45 La emancipación Judicial se efectúa por Decreto del Juez cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en

1 Por maltrato habitual del hijo

2. Por abandono del hijo

3. Por depravación que lo incapacite de (SIC) Ejercer la patria potestad

4. Adicionado decreto 772 de 1975 Art. 10 por haber sido condenado a pena privativa de la libertad superior a un año.-

Es por esto que el código Civil establece que : Cualquier consanguíneo del menor ya sea cualquiera de los padres, abuelo, tío, etc., están facultados para iniciar el Proceso de Suspensión o Perdida de la Patria Potestad, de igual forma lo puede hacer el juez de oficio o el defensor de familia. En la demanda se citaran a personas en calidad de testigos para que den a conocer al juez como era la relación padre-hijo. (CPC 446) la Corte constitucional mediante sentencia C-997 del 12 de Octubre de 2004 declaro exequible el numeral 4° de la presente norma.

Una vez el juez dicte sentencia Suspendiendo o Privando al padre de ejercer la patria potestad sobre el menor, no podrá ejercer ningunos de los derechos que por ley se le otorgaron por medio de la patria potestad, solo podrá ejercer esos derechos el otro padre. Si a ambos padres se le suspende la patria potestad al menor se le nombra un guardador, hasta que el menor cumpla la mayoría de edad.

El hecho de que a un padre le sea suspendido la patria potestad sobre el hijo no quiere decir que sus deberes como padre también también se suspendan, pues continúan con su obligación de suministrar alimentos, etc.,

Los hechos mencionados, si bien son reprochables y merecen tomar medidas tendientes a evitarlos en el futuro, no llegan al punto de justificar la suspensión o la pérdida de la patria de potestad, aunque la inasistencia alimentaria daría lugar a que el padre que no cumpla los alimentos, no tenga derecho a ejercer las visitas sobre sus hijos.

En cuanto a que el padre del menor se lo haya llevado mediante intimidación con el uso de arma blanca, con respecto a esto se puede acudir ante autoridades como el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, y a la Fiscalía General de la Nación, en este último evento para hacer las respectivas denuncias penales.

5.4.2 Con respecto al incumplimiento de la cuota alimentaria se podrá, además.

1. Instaurar una denuncia penal que es una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por Inasistencia Alimentaria.

2. Presentar un proceso Ejecutivo de Alimentos ante el juez de familia, si la demandante posee un documento donde consta la cuota alimentaria que el padre de los menores se obligó a pagar sin que en efecto lo hubiere cumplido.

3. De no poseer el documento en que conste la cuota alimentaria, podrá solicitar ante un centro de conciliación de una facultad de derecho, una conciliación para tratar de llegar a un acuerdo con respecto a dicha cuota, o presentar una demanda de fijación de cuota alimentaria con solicitud de medida de embargo del sueldo del padre de los menores.

5.4.3 legislación de la patria potestad.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribire todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los "... actos que impidan el ejercicio de sus derechos".

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003/07[5] manifestó:

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

En efecto, 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”.

En efecto, enuncia como características de la patria potestad las siguientes:

“Se aplica excesivamente 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 ”

Respecto a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad en sentencia C-145/10 la Corte Constitucional indicó que estos se reducen a:

(i) Al usufructo de los bienes del hijo,

(ii) Al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial.

El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad.

El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o

como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley; el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres.

En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, que sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (C.C. arts. 288 y 307).

Respecto a la patria potestad, la Corte ha indicado que es de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

Por las razones expuestas podemos concluir de la patria potestad, que los padres, de común acuerdo, mediante la conciliación extrajudicial, no pueden terminar o suspender el ejercicio de la misma sobre su menor hijo, es decir, no pueden “suspenderla o perderla” para sustraerse a las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles para con sus hijos. 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 la autoridad judicial competente.

5.4.4 Privación de la Patria Potestad.

La patria potestad sobre un menor de edad podrá ser suspendida y terminada, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia, el juzgador puede dejar su ejercicio en el padre que no ha dado lugar a los hechos, o designar un guardador al niño, niña o adolescente cuando ambos progenitores han incurrido en las conductas que ameriten la suspensión o privación de los mencionados derechos, y sus efectos jurídicos se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo.

En efecto, el artículo 315 del Código Civil, norma que se aplica por remisión expresa del artículo 310 *ibídem*, se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

ARTÍCULO 310. “La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.”

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.

ARTÍCULO 315. La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de estas otras causales:

5) Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena.

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

Los efectos de la terminación tienen carácter definitivo, siendo imposible su recuperación, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, les

corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad. En cualquier caso, la suspensión o terminación de la patria potestad, no libera ni exonera a los padres de los deberes que tienen para con los hijos, manteniéndose vigente la obligación de proveer alimentos en favor de ellos, al igual que los deberes de crianza, cuidado personal y educación.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia en providencia del 25 de mayo de 2006, Mag. Pon, Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, al decidir una demanda de tutela, expresó:

“Olvidó el juzgador ad quem que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destacó esta Corporación en sentencia del 22 de mayo de 1987, al decir que: en verdad, el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo,

circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra. En el caso presente dadas las particularidades que lo rodean, se concluyó en el aquel incumplimiento como causa de separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a los esposos le dio origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado -por su querer- al hijo”.(...)

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

Una vez decretada la suspensión o privación de la patria potestad esta deberá estar inscrita en el Registro Civil de Nacimiento, del niño, niña o adolescente.

En este orden de ideas se puede concluir que el fenómeno jurídico de la privación de la patria potestad se encuentra regulado en la ley, sus causales de terminación son taxativas y sus efectos jurídicos se refieren a las facultades de representación legal, administración y usufructo de bienes de los niños, niñas y adolescentes.

5.4.5 Delegación de la representación extrajudicial y administración de los bienes del hijo

Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre, en cuanto a los primeros se concretan en la facultad reconocida a los progenitores para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley, el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles (Código Civil, art. 291 y siguientes); respecto a la representación legal esta surge como figura jurídica ante la imposibilidad de que todos puedan ejercer directamente derechos o deberes y que requieren de un representante que realice actos jurídicos en su nombre como si hubieran sido realizados directamente.

La ley prevé la delegación de los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo entre los padres, (artículo 307 del Código Civil, modificado por el Decreto 2820 de 1974 art. 40), artículo que es válidamente aplicado para el ejercicio de la representación extrajudicial cuando un niño, niña y adolescente desea salir del País.

5.4.6 La custodia y cuidado personal

En esta investigación consideramos importante aclarar que en Colombia no es lo mismo la patria potestad a la custodia y cuidado personal de un niño niña o adolescente, toda vez que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres legítimos, extra matrimoniales o adoptivos y se podrá extender a una tercera persona y la patria potestad hace referencia al usufructo de los bienes administración de esos bienes, y poder de representación judicial y

extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y que solo el Juez de Familia podrá disponer en un tercero.

5.4.7 La Ley 1098 de 2006, en su artículo 23, establece

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

El Código Civil Colombiano respecto a las obligaciones de los padres con sus hijos nos dice que corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos y que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal. La custodia se puede fijar por medio de: i) Conciliación entre las partes ii) Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y iii) Proceso Verbal Sumario ante el Juez de Familia.

Según consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana con la custodia, se busca, *“...como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad”*.

Cuando se otorga la custodia del menor de edad a familiares u otras personas, no se trasmite la patria potestad y adicionalmente no sustrae a los padres de las obligaciones contempladas por la ley para con sus hijos.

De lo anterior se concluye por una parte, que la custodia y cuidado personal de un menor de edad es un asunto conciliable y por la otra que la patria potestad no es susceptible de ser transferida de común acuerdo.

5.4.8 El permiso de salida del país

El permiso de salida del país es una facultad que la ley confiere a los representantes legales del menor de edad conjuntamente, es decir, que se requiere de la autorización de los dos padres, en el evento en que el niño, niña o adolescente pretenda salir con un tercero, o de uno de ellos si el otro no viaja, independientemente de cuál sea la razón para ello, y es en esencia el ejercicio de la representación legal en una figura derivada de la patria potestad.

Sobre la autorización para salir del País de un niño, niña o adolescente, en Colombia, encontramos:

- La Ley de Infancia y Adolescencia establece que el

“Defensor de Familia puede otorgar el permiso para salir del país a un niño, niña o adolescente cuando: i) Carezca de representante legal ii) Se desconozca su paradero iii) O no se encuentre en condiciones de otorgarlo y la solicitud de permiso podrá ser presentada por quien tenga el cuidado personal del niño, niña y adolescente, la cual debe reunir los siguientes requisitos: i) lugar de destino, li) el propósito del viaje, iii) la fecha de salida y iv) fecha de ingreso de nuevo al país y decidirá sobre el permiso solicitado dentro de los 5 días, el permiso tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria”.

Es de aclarar, que la ley no establece un término de permanencia, para los niños, niñas y adolescentes que desean salir fuera del país, dicho tema es exclusivo de los padres.

- El Decreto 834 de 2013, por su parte contempla que la autorización de salida del país en el evento en que el menor de edad salga de territorio nacional acompañado de uno de sus padres, deberá estar autenticado ante notario, autoridad consular u otra autoridad debidamente apostillado o legalizado según el caso y suscrito por el padre que no acompaña al menor de edad.

- El Decreto 2150 de 1995, establece que la autorización de salida del país podrá otorgarse con carácter general por escritura pública con la constancia sobre su vigencia.

5.4.9 Trámite para obtener la visa de un menor de edad

Debe precisarse que, en todo caso, la obtención de la visa de un colombiano para viajar a otro país, deberá gestionarse ante la Embajada de dicho país en Colombia, cumpliendo con los requisitos y condiciones que se exijan para expedir la visa a un menor de edad.

5.4.10 El caso de ejemplo

En relación a que la embajada de Alemania ha solicitado como requisito para expedir la visa de un adolescente la presentación del fallo expedido por un Juez de Familia, aclarando la patria potestad de la madre que vive en Alemania con apostilla y traducción, esta Oficina Asesora Jurídica advierte que:

1. El País que expide la visa es autónomo de establecer los trámites, procedimientos y regulaciones para el ingreso a su territorio.

2. En Colombia la suspensión o la privación de la patria potestad del padre sobre su hijo menor de edad, debe ser decretada por el Juez de Familia, siempre que se establezca alguna de las causales establecidas en los artículos 310 y 315 del Código Civil Colombiano.

3. De conformidad con lo establecido en el artículo 307 del Código Civil Colombiano, y el artículo 9 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.

5.5 La Convención sobre los Derechos del Niño y la Familia

5.5.1 Los derechos humanos de la infancia y el derecho de familia

En materia de derechos humanos resulta fundamental la promoción de los derechos humanos y en particular aquellos que corresponden a la familia, lo que lleva implícito la protección del goce y ejercicio de los derechos de los integrantes de la misma en su interacción diaria.

Por otro lado, vale la pena resaltar que en situaciones como la violencia, la desprotección y los problemas derivados de reglas o manejos inadecuados de los medios de comunicación, constituyen actos que vulneran los derechos y la protección de niñas, niños y adolescentes, en particular en el ámbito de la familia.

Resulta fundamental, entonces, abordar estas problemáticas desde la perspectiva de la cultura de los derechos humanos, de tal forma que se logren comprender, transformar y garantizar las relaciones y la interacción de los miembros de la familia tanto al interior de la misma como socialmente.

Ademas de esto, se resalta de gran importancia la concurrencia que debe de haber entre la familia, el Estado y la sociedad en la protección del goce y ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el entorno familiar, así como en la asunción y cumplimiento de los deberes y obligaciones que tienen éstos para con la infancia.

Esta concurrencia la encontramos establecida en nuestra Constitución Política al plantear en el artículo 44.: el principio del interés superior de la infancia que deberá considerar el Estado en todas sus acciones y políticas públicas en materia de niños, niñas y adolescentes. Los deberes y obligaciones de quienes los tienen a su cargo y cuidado, así como la participación y el principio de coadyuvancia de la sociedad civil en la materia.

Artículo 4o. En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Como podemos observar, en el texto constitucional, los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de derecho y están protegidos por la legislación, los organismos gubernamentales, los integrantes de la familia y la sociedad civil, quienes respetarán, garantizarán, desarrollarán y

aplicarán día a día los contenidos de la Constitución, la Ley y la Convención sobre los Derechos del Niño en todos los ámbitos de su vida, en particular en la familia.

Aquí encontramos regulados dos principios que dirigirán todas las medidas, acciones y políticas públicas: el principio de la protección integral y el principio del interés superior del niño.

El primero corresponde al conjunto normas y de políticas públicas que consideran al niño, niña o adolescente como un sujeto activo de derechos hasta que cumple la mayoría de edad. Define las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado con relación a sus derechos humanos protegidos prioritariamente en virtud de su condición de inmadurez. Este principio garantiza su pleno acceso a los derechos que se les reconocen en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Constitución, en la legislación que les aplique, así como a la gratuidad y prioridad en la atención que requieran.

El segundo premisa fundamental del principio de la protección integral— lleva implícito su obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones relativas a los niños, las niñas y los adolescentes, quienes tienen prioridad, preferencia, consideración y atención absolutas en la protección y la garantía de sus derechos humanos, en todas las políticas públicas, en la asignación de partidas del presupuesto público dirigidas a las acciones, programas y políticas que se vinculen a sus necesidades, así como en el acceso y la atención en los servicios públicos y en la protección en cualquier circunstancia.

El interés superior del niño constituye un principio vinculante para todos aquellos que intervienen en la toma de decisiones que resuelvan o afecten la situación, condiciones o derechos de niños, niñas y adolescentes; así, el legislador, los jueces, los magistrados, las autoridades

administrativas, los organismos gubernamentales y la sociedad civil, lo deberán aplicar en sus acciones de defensa y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Todo lo anterior deberá verse reflejado en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la legislación del Estado Colombiano, en nuestro caso y en la legislación civil o familiar.

El Estado tiene la obligación proteger a la familia, como asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección de los integrantes de la familia, prioritariamente a niños, niñas y adolescentes.

5.6 La Convención sobre los derechos del niño y la familia

La Convención, desde su preámbulo, hace referencia a la familia como núcleo fundamental de formación y desarrollo personal, emocional y social en un ambiente de amor y acogimiento en tanto los niños, las niñas y los adolescentes maduran y adquieren la mayoría de edad.

Así las cosas, en los párrafos quinto y sexto del preámbulo la Convención señala:

“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

De igual forma en su noveno párrafo establece la necesidad que existe de proteger en todas las formas posibles, incluyendo la legal, a niños, niñas y adolescentes en virtud de que no son capaces de cuidarse y proveerse por sí mismos y ahí encontramos una mancuerna perfecta con las declaraciones previas en las que la familia y su protección, como lo señala también el artículo 4o. constitucional, resultan primordiales para establecer, reconocer y garantizar los derechos, las obligaciones, los deberes y la protección de los integrantes de la familia, primordialmente la protección de los niños, las niñas y los adolescentes:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Encontramos que en los artículos 2.1 y 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace referencia, a modo de excepción, a cualquier situación que por actos de integrantes de la familia, específicamente los ascendientes, pudiera tener como consecuencia, el desconocimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes o el castigo o la discriminación de los mismos. En estos casos, los niños, las niñas y los adolescentes verían sus derechos humanos vulnerados como consecuencia de actos o manifestaciones de terceros, y si bien no habla del niño en la familia, en cambio sí lo hace del entorno familiar y de las consecuencias de éste en la vida y desarrollo de la infancia:

Artículo 2o. 1. Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Más adelante se hace referencia a la intervención de órganos como los tribunales, los que tendrán que aplicar el principio del interés superior de la infancia. Si bien se trata de una disposición general y no existe una referencia específica en cuanto a la familia, es cierto, como se verá más adelante, que en las controversias civiles del orden familiar deberá tomarse en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes en aquello que incumbe a los derechos que tienen con relación a sus ascendientes conforme a la legislación familiar:

Artículo 3o. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Hace específica imputación respecto a los derechos y deberes de los padres y tutores responsables de su cuidado y atención, en perfecta concordancia con lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional, ya que plantea la toma de todas las medidas, incluidas las legislativas, para

garantizar que los progenitores o cualquier otro obligado conforme a la ley familiar vele por el bienestar integral de los niños, las niñas y los adolescentes en el entorno de la familia y el social:

Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En su artículo 5o. la Convención nuevamente se refiere a las responsabilidades de los padres y miembros de la familia, en este caso va más allá al considerar a la familia ampliada, al establecer que el Estado deberá regularlas de tal forma que se les garantice a los niños, las niñas y los adolescentes el pleno reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos, de ahí todas las medidas, acciones, programas y legislación que así lo hagan:

Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

5.7 Los derechos humanos de la infancia y el derecho de familia

En la Convención sobre los Derechos del Niño se establecen derechos específicos que se encuentran regulados en la legislación secundaria en materia civil o familiar:

1. El derecho a ser registrado.

2. El derecho a la identidad.
3. El derecho a tener una familia.
4. El derecho de convivencia: guarda y custodia y derecho de visita.
5. Evitar la sustracción nacional o internacional.
6. El derecho del niño a ser escuchado.
7. Crianza: deberes y obligaciones de los integrantes de la familia.
8. Violencia familiar y el derecho a corregir: protección.
9. Otras formas del derecho a tener una familia: la adopción.

El derecho del niño, niña o adolescente a ser registrado y el deber de los padres o ascendientes a registrarlo, llevan consigo la expedición de un acta de nacimiento y con ello el acceso, goce y ejercicio de otros derechos humanos y garantías reconocidos como el de educación, salud, libre tránsito, entre otros. Dejar que alguno de ellos permanezca sin registro es dejarlos en estado de indefensión. Además, abre la puerta a que puedan ser sujetos pasivos de delitos como el tráfico, la trata de personas y otros traslados ilícitos.

Artículo 7o. 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

El no registrar a un niño, niña o adolescente es impedir o negarle la posibilidad de saber quién es y cuál es su origen, lo que limitará su derecho a tener una vida digna.

Los documentos resultados del registro establecen la filiación entre los padres, los hijos y la familia ampliada.

5.7.1 El derecho a tener una familia

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho natural y jurídico a tener una familia al lado de sus padres o en su caso de sus familiares, en los términos de la ley, tomando en cuenta que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes, ya que en ella recibirán la protección, el amor, la comprensión y la asistencia necesarias para poder asumir plenamente su desarrollo y responsabilidades en la sociedad:

"Artículo 9o. 1. Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos..."

Estamos frente al derecho del niño a vivir en familia, en la que su integridad, dignidad y vida privada serán protegidas e inviolables. Las relaciones familiares con y entre niños, niñas y adolescentes, se basan en la igualdad de derechos y deberes de los padres y en el respeto mutuo que se deben todos los integrantes de la familia.

4. El derecho de convivencia: guarda, custodia y derecho de visita

Derivado del derecho a tener una familia nace el correlativo de convivencia de los hijos con sus padres y familiares privilegiando el mejor desarrollo integral de los primeros.

Es fundamental que se entienda que la convivencia del niño, niña y adolescente con sus padres es su derecho pero también será un deber de los progenitores para con ellos.

En casos de excepción, los términos de la convivencia puede variar, como cuando se indica que los hijos pueden vivir separados de uno o ambos padres, por excepción, en caso de juicios del orden civil o familiar siempre que así lo determinen las autoridades judiciales considerando que sea lo que más convenga a niños, niñas o adolescentes.

Tienen derecho a vivir con sus padres:

Artículo 9o. .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.

En este último caso y a través de un procedimiento jurisdiccional, se establecerá la forma en que la convivencia con ambos padres se desarrollará, siempre que ello no fuera perjudicial para el bienestar de niños, niñas y adolescentes; para eso se atenderá, conforme a la legislación civil o familiar, al régimen de guarda, custodia y visitas:

Artículo 9o. 3. Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Este derecho implica el tiempo de convivencia frecuente y continuo del menor con ambos padres, como lo establece el artículo 417 del Código Civil: "*Los que ejercen la patria potestad,*

aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos".

Otra modalidad del derecho de convivencia es el derecho de guarda y custodia y el derecho de visita en caso de que los padres se encuentren divorciados o separados.

La guarda y custodia es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos, es atribuido sólo a uno de los padres, y al otro se le establece y/o permite el régimen de vistas y los alimentos.

La guarda y custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad.

Hace referencia a la combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, por autoridad judicial competente, normalmente cualquiera de los padres, para el cuidado y desarrollo integral de otro, en este caso, un niño o niña menores de edad, es decir los hijos, casi siempre.

La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y que "*comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad*".

Jurisprudencia comparada define a la custodia como:

"La tenencia o control físico que tienen los padres sobre sus hijos (as) no emancipados (as) (Torres Ojeda y Chávez Ex parte 87 JTS

19). En rigor jurídico, la custodia es un atributo inherente a la patria potestad...".

De igual manera se señala que los criterios que deben regir la resolución sobre quién será el que detente la custodia de los hijos, deberán ser el bienestar y los mejores intereses de los menores, independientemente de su sexo o edad.

Por otro lado, respecto al régimen de visitas, en los casos en que el menor viva con uno de los padres, el otro progenitor podrá y deberá ejercer únicamente la custodia física en los tiempos designados, como en el caso de vacaciones, fines de semana, fiestas, días después de la escuela, pasar juntos la cena y regresarlo a casa, o cuando duerma con él entre semana en días de escuela, por mencionar algunas situaciones objeto de los acuerdos o resoluciones que influyen directamente en la convivencia del menor con uno o ambos padres, e igualmente podrá resolver sobre las cuestiones no fundamentales y del día a día durante los tiempos de convivencia fijados para el padre con régimen de vistas. Cualquier situación de relevancia en la vida, salud, desarrollo integral del menor deberá ser consultada y tomada por y con el progenitor que ejerce la guarda y custodia.

En estos casos, cuando uno de los padres se encuentre en una entidad federativa o en un Estado distinto del menor, caso en el que debe adoptarse primero una decisión acerca del lugar de residencia del niño, se privilegiará igual el derecho de convivencia con quien tiene el derecho de visita, pudiendo los hijos salir y entrar de su lugar de residencia para visitar al otro padre, tomando todas las medidas necesarias para su seguridad y protección:

Artículo 10. 1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9o., toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia, será atendida por los Estados parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados parte en virtud del párrafo 1 del artículo 9o., los Estados parte respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

3. Evitar la sustracción nacional o internacional

Como vimos anteriormente, ambos padres tienen responsabilidad con relación a la crianza y el desarrollo de sus hijos, y que es derecho del niño a mantener las relaciones y el contacto directo con ambos padres y con la familia ampliada, cuando vivan en la misma entidad federativa, en otra entidad federativa o en diferentes Estados.

La sustracción de niños, niñas y adolescentes por parte de uno de sus padres es un problema que afecta gravemente su desarrollo integral y que puede poner en riesgo su integridad física y emocional.

Sustracción es el simple traslado de un menor a un lugar distinto de aquel en el que reside con quien ejerce su guarda y custodia de conformidad a la ley y la resolución judicial correspondiente.

La sustracción internacional de menores es: aquella situación en la cual, uno de los padres de manera unilateral, es decir sin consentimiento del otro, sustrae o retiene en el extranjero a un menor sin estar autorizado para hacerlo por la autoridad competente, sacándolo así de su lugar de residencia habitual; ello implica un procedimiento restitutorio que lleva implícito la pérdida de derechos por parte del padre sustractor.

La Sustracción Interparental de Menores SIM es el acto que impide el ejercicio del derecho de custodia o del derecho de visita a un padre o una madre, mediante la sustracción u ocultamiento de uno o más hijos menores, por parte de algún miembro de su familia. Se entiende por custodia, el derecho y deber que tienen el padre y la madre de criar, educar y orientar a sus hijos menores, y por derecho de visita, el derecho que le asiste al padre y la madre para ver y comunicarse con sus hijos en su residencia habitual o fuera de ella.

Así las cosas, la sustracción nacional o internacional puede presentarse de dos formas:

1. En el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente y en quien estuviese confiada su guarda o custodia, y

2. En la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

De lo anterior, se confirma que el reconocido derecho de visita de cualquiera de los padres, nacional e internacional, no debe ser restringido sino con fundamento en la ley y por esta razón el ascendiente que tiene el derecho de guarda y custodia debe permitir el contacto de sus hijos con el otro padre.

Artículo 11.

1. Los Estados parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados parte promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

5.8 Perdida de la patria potestad en el amparo del derecho colombiano y su relación con uniones maritales. Constitucionalización del Derecho de Familia

Uno de los temas a tratar más comunes en asunto de derecho de familia y la unión marital de hecho, es aquel relativo a los hijos. Respecto a ellos se pueden dar casos en los cuales los padres no ejercen correctamente su función para con los hijos, lo cual puede eventualmente llevar a que estos pierdan la patria potestad sobre sus hijos.

En materia de Derechos Humanos resulta fundamental la promoción de los derechos humanos y en particular aquellos que corresponden a la familia, lo que lleva implícito la protección del goce y ejercicio de los derechos de los integrantes de la misma, especialmente de

los mas pequeños, en su interacción diaria, la violación de estos derechos en el marco legal que instituye la familia representa la causa esencial de la perdida de la patria potestad de los niños.

(Sandoval O 2014)

La modificación llevada a cabo por la ley 1098 de 2006, por el cual se expide el código de la infancia y la adolescencia y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor, en caso de que sus padres vivan separados, ha generado gran atención de especialistas, académicos y litigantes principalmente en torno al sistema de cuidado personal compartido que posibilita y al principio de corresponsabilidad parental que consagra. Sin perjuicio de la innegable relevancia de ambos temas, la ley imprime, en definitiva esto viene siendo una de muchas situaciones particulares en torno a esta temática que suscita muchas discusiones en materia de derecho de familia y patria potestad.

Podría decirse que la ineficacia, los vacíos legales y la ambigüedad en materia jurídica familiar, no es fortuita; se explica por los estereotipos de género y la visión tradicional que sobre la familia han prevalecido en la sociedad Colombiana. Es decir, para comprender este fenómeno es necesario problematizar y analizar este sustrato cultural que produce y media la sustracción familiar. Carrillo, E. (2011)

Situaciones como la violencia, la desprotección y los problemas derivados de reglas o manejos inadecuados de los recursos destinados para la manutención de los niños, constituyen actos que vulneran los derechos y la protección de niñas, niños y adolescentes, en particular en el ámbito de la familia.

La patria potestad se entiende como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Estos deberes y responsabilidades se ejercen de forma compartida y solidaria y hacen referencia a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación de tal forma que se prohíben y se castigan todos aquellos actos de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los actos que impidan el ejercicio de los derechos de los niños.

Es aquí entonces donde aparece la ideología del Estado Colombiano reconoce y promete proteger tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial, siempre que ésta según el constituyente lo hagan de manera responsable, seria y asumiendo las obligaciones que implica formar parte de un grupo familiar.

Por su parte al reconocerse expresamente la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer que hacen una comunidad de vida y disponerse que lo sea para todos los efectos civiles, se está reconociendo implícitamente que, a través de la conformación de esta pareja, se integre, inicialmente con ella y después con sus descendientes y familiares, una familia que satisfaga pública y privadamente necesidades individuales y sociales pertinentes. (Álvarez A 2011). Esto incluye consecuentemente, la patria potestad de las partes; por lo que, en caso de separación este hecho queda sujeto a disposiciones de ley establecidas dentro del marco de la ley de infancia y el derecho familiar.

Ahora bien, es en la pérdida total y definitiva de los derechos que los padres (o uno de ellos) tienen sobre los hijos menores cuando han cometido un error grave en su conducta y obligaciones frente a ellos. Es por esto importante, aclarar que los padres pierden los derechos

mas no las obligaciones para con ellos, es decir estas se mantienen siempre y esas obligaciones son aquellas relativas a alimentación y manutención del menor.

Resulta de gran importancia la concurrencia que debe existir entre la familia, el Estado y la sociedad en la protección del goce y ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el entorno familiar, así como en la asunción y cumplimiento de los deberes y obligaciones que tienen éstos para con la infancia. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y a desarrollarse en su familia de origen. Cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta.

Así mismo, 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. A su vez, resulta claro que los derechos que de ella se derivan tanto para los padres como para los hijos son de alcance constitucional, por lo que maltratar o desproteger a los hijos, es faltar a la ley constitucional establecida en este país.

6. Del Derecho Comparado Colombia y España

En cuanto a este aparte, fue elegido la legislación Española - Colombiana , ya que por su legislación es muy parecido al de la Constitución Colombiana de 1991. El momento procesal idóneo para emitir este informe será al contestar a la demanda o en las conclusiones finales en el acto de la vista de la comparecencia de las medidas provisionales previas (art. 771 LEC) o coetáneas (art. 773 LEC) o del juicio verbal del procedimiento especial de familia (art. 770 en relación con el art. 443 LEC). No se trata de que se requiera que el fiscal emita informe, sino que además ha de ser favorable. Resulta evidente que tal necesidad limita la facultad decisoria del juez, con el agravante de que (al requisito no es necesario cuando el juez decreta la custodia en exclusiva

6.1 Elementos comunes para ambos casos. Trámites procesales comunes

Oír a los menores afectados que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario, de oficio o a petición del ministerio fiscal o el equipo técnico judicial o del propio menor (art. 92.6 Código Civil de España). Procesalmente, esta audiencia se practicará a través de la "diligencia de exploración".

Valorar las alegaciones vertidas por las partes en la comparecencia y la prueba practicada (art 92.6 Código Civil de España). En los supuestos de mutuo acuerdo, en realidad no existe ni comparecencia ni alegaciones. Forzando la literalidad de la norma, podría identificarse esta "comparecencia" con el acto de ratificación en el convenio. Debe entenderse, por tanto, que cuando los progenitores comparezcan ante el Juzgado para ratificarse en el convenio regulador, su actuación no debe reducirse a un declarar un "sí"; sino que, ante la presencia judicial y del ministerio fiscal, deberá indagarse sobre los términos de la custodia compartida pactada, así

como sobre el rigor y la seriedad del acuerdo; si realmente están dispuestos a asumir y aceptar lo que conlleva, en evitación de futuros problemas y malentendidos en el desenvolvimiento del mismo. El Juez podrá recabar, de oficio o a instancia de parte, el informe de especialistas para que acrediten la utilidad o no del contenido del acuerdo relativo a la custodia compartida (art. 92.9 Código Civil de España). Circunstancias que excluyen la custodia compartida. Al tenor del art. 92.7 Código Civil de España, no procederá la custodia compartida:

- Cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual {orientación sexual) del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos

- Cuando el juez advierta que existen indicios fundados de violencia doméstica.

6.1.1 Custodia compartida.

El art 92 del Código Civil de España, modificado por la Ley 15 de 2005, permite la custodia compartida en este país. El punto de partida del juez a la hora de señalar la custodia de los menores va a ser la búsqueda de una situación que le permita su mayor bienestar físico y emocional, o por lo menos, la menos mala de las posibles. Para tratar de encontrarla, los instrumentos probatorios básicos para la valoración de las circunstancias personales y materiales serían: (a) los informes de los especialistas y (b) la exploración del menor.

Por una parte, debe asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia, quienes, por su formación, están en mejores condiciones de determinar en cada caso concreto cuál de ambos progenitores debe ser el que asuma la custodia

de los menores. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la opinión del menor, muy especialmente cuanto mayor grado de madurez tenga.

6.2 Sobre la custodia y perdida de la Patria potestad entre Colombia y España

En este apartado se presenta un cuadro con los principales conceptos que se han analizado de la institución de la custodia para Colombia y España en esta monografía, en el que se han consignado nociones breves, que no pretenden ser incuestionables, toda vez, que como se pudo comprobar en la búsqueda y consulta bibliográfica, se encuentran una disparidad terminológica cuando tal concepto no ha sido definido previamente por el legislador

Tabla 1.

Comparativo entre Colombia y España - Custodia del menor

CONCEPTO	COLOMBIA	ESPAÑA
Familia	C.N. Art. 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.	CE. art. 39: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
Denominación de los menores	Niños, niñas o adolescentes	Menor de edad Niño/niña
Codificaciones sobre el menor	Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia	Ley Orgánica 1/96 Protección Jurídica del Menor
Normativa sustancial		Código Civil Real Decreto de 24 de Julio de 1889

Normativa procesal	Código de Procedimiento Civil Decreto 1400 de 1970 Código General del Proceso Ley 1564 de 2012	Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000
Sujetos titulares de derechos	Personas menores 18 años de edad Art. 3°, Ley 1098/06	Menores de 18 años Art. 1°, Ley Orgánica 1/96
Derechos de los niños adoptados por el Estado	Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Nacionales Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada mediante ley 12 de 1991.	Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Nacionales Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada mediante Documento BOE-A-1990-31312.
	El niño es para la Convención un sujeto en desarrollo, un sujeto no solo de derechos pasivos destinado a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos que le permiten la libertad de conciencia, de pensamiento, de religión, de expresión e información, de asociación y reunión, y el derecho de participación	
Interés superior del menor	En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño (art. 3, Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Nacionales Unidas el 20 de noviembre de 1989)	
El Interés superior del menor está consagrado en la normatividad	Art. 44, Constitución Política de Colombia Art. 8°, Ley 1098 de 2006	Art. 39. CE. Art. 2° Ley Orgánica 1/96

Derechos fundamentales de los niños	C.N. Art 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión	C-E. Art. 10. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.
Derecho a tener una familia	Art. 44. C.N. Art. 22. Ley 1098 de 2006	Art. 39. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Art. 9, Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada mediante Documento BOE-A-1990-31312 Art. 39.3, CE Art. 11 2, Ley Orgánica 1/96
Derecho a no ser separado de la familia	Art. 44. C.N. Art 22, Ley 1098 de 2006	Art 9. Derecho a ser oído.
Derecho a ser escuchado	Ley 1098/06	1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Ley Orgánica 1/96
Patria Potestad concebida como derecho-deber	Art. 288, C.C La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres,	Código Civil no la define, sin embargo, la patria potestad viene siendo considerada desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia española Art. 154, C.C. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y

	conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro	psicológica. Se ejerce hasta que el hijo cumpla la mayoría de edad o sea casado.
Privación de la patria potestad	Por maltrato del hijo Por haber abandonado al hijo. Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.	En caso de condena penal, relacionada con el abandono, el maltrato o los abusos sexuales. También en los casos en que la filiación haya sido determinada judicialmente con la oposición del padre.
Custodia y cuidado del menor	Art. 23, Ley 1098 de 2006 Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.	Aunque no existe un concepto legal de guarda y custodia, el Tribunal Superior la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía
Características de la patria potestad	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	Es Irrenunciable. Es intransmisible, Es imprescriptible.
Custodia compartida	Si, en algunos casos Actualmente no existe una ley que la garantice	Si Ley 15 de 2005, que modificó art 92 del C.C.
Clases de custodia compartida	No existe una categorización de la custodia compartida	Doctrinalmente: En sentido estricto En sentido amplio En sentido amplísimo

Régimen de visitas en la custodia compartida	Art. 256. Visitas. Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez luzgara convenientes.	Procede en la custodia compartida cuando los periodos de alternancia son amplios.
No procede la custodia compartida	Sin perjuicio de las causales previstas para pérdida de la patria potestad, mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella. En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por mala conducta hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado, a menos que ésta haya sido después revocada.	Cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Fuente : Elaboracion manual de los autores

6.3. Conclusiones del comparativo

En la relación de los derechos fundamentales de los niños consagrados en la Constitución Política de Colombia, artículo 44, se establece específicamente el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella, así como el derecho a recibir amor y cuidado, normatividad que viene a ser desarrollada por el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia cuando establece que todo niño tiene derecho a tener y crecer en el seno de una familia a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Tales reglas normativas pueden reconocerse

implícitamente incluidas en el artículo 42 de la Constitución Política, cuando señala que los padres deberán sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos.

La disputa por la custodia de los niños, niñas y adolescentes se da ante supuestos jurídicos como: el proceso de divorcio, la separación de cuerpos, la nulidad del matrimonio o la terminación de una unión marital de hecho. En términos generales, se puede decir que ante estos hechos la familia se enfrenta a una situación que, en un primer momento, representa una ruptura con respecto a la permanencia física y espiritual de uno de los padres y en segundo lugar, implica grandes conflictos de tipo jurídico y psicosocial para establecer y mantener los vínculos filio-parentales. Y aquí se ubican los procesos por la patria potestad, la custodia, el régimen de visitas, entre otros.

En Colombia no es lo mismo la patria potestad y la custodia y cuidado personal de un niño niña o adolescente, toda vez que la custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres matrimoniales, extra matrimoniales o adoptivos y se podrá extender a una tercera persona y la patria potestad hace referencia al usufructo de los bienes administración de esos bienes y poder de representación judicial y extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres.

A la hora de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse la custodia del hijo, se debe tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en el interés superior del menor

Actualmente, en legislaciones como la colombiana, se establece el principio de la responsabilidad parental como complemento de la patria potestad establecida en la legislación

civil. En efecto, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 o Ley de Infancia y Adolescencia de Colombia, se consagra el principio que "incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y de la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos".

La Constitución Política de Colombia, el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Infancia y Adolescencia, señalan que el cuidado de los hijos debe ser compartido entre ambos padres. Se podría pensar, en consecuencia, que no debería existir la necesidad, como en España de crear una normatividad para aplicar desde la justicia ordinaria la custodia compartida, debido a que existe un marco legislativo que establece la igualdad de derechos y deberes de ambos padres (artículo 160 del Código Civil).

Pero es claro que se está ante un problema de discriminación de género, que se manifiesta en la práctica judicial dentro de la jurisdicción de familia, pues, en un marco normativo que tiene como base el reconocimiento y las garantías de los derechos humanos y que, para el caso de la custodia de los niños y niñas hace obligatorio e irrenunciable otorgar el cuidado a ambos padres, extenuándose en determinados casos a terceros, los derechos de ambos padres no cesan con el divorcio o separación de cuerpos; sin embargo, usualmente es a la madre a quien se encarga de ejercer la custodia en los casos de ruptura conyugal. Esta contradicción entre el marco normativo y la práctica judicial puede ser producto de prácticas culturales discriminatorias.

Los mandatos constitucionales y legales consagran el derecho inalienable de los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores excepto cuando uno de sus padres le ocasione daño físico o moral, por lo anterior, algunos movimientos de padres separados, como en el caso de Colombia, han gestionado proyectos de ley con el propósito de garantizarles a los hombres el derecho a seguir siendo padres tras la separación y que los hijos

tengan la oportunidad de contar con ambos progenitores y que no sea a través del régimen de visitas el único medio legal para contactarse con los niños, ya que en algunos casos este puede ser tedioso, toda vez que puede estar influenciado por las observaciones negativas del cónyuge que tiene la custodia respecto del otro, lo que involucra al menor en el conflicto de los adultos. Al decidir una custodia compartida significa que ambos padres mantendrán iguales obligaciones y derechos sobre la educación y el bienestar general de los hijos

En España las reglas sobre guarda y custodia compartida gira en torno a que el problema más importante que presentan las rupturas de la convivencia, cuando hay hijos comunes, es precisamente el de organizar la situación de tales hijos y sus relaciones con ambos progenitores, de manera que se minimicen en la medida de lo posible los efectos perjudiciales de dicha ruptura en relación con ellos.

Las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles, rasgos de personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación: existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padre y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres.

La tenencia del hijo, referida a un aspecto meramente material o tático, implica la proximidad física, razón por la cual respecto de los padres ha de entenderse como el deber de tener a sus hijos en su compañía, es el deber de convivencia o unidad de domicilio, a través del cual se satisfacen los deberes de cuidado y vigilancia, y se abarca igualmente todo aquello vinculado con la asistencia material del menor.

Ese poder de los padres de tener a los hijos consigo, que se traduce en la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar, permite el deber de educación que preside las relaciones de padres e hijos, la facultad de direccionamiento del hijo que se compone de elementos educativos y de vigilancia, consistentes en preparar y guiar al hijo durante el progresivo contacto con el medio social, a través de la elección de las amistades, de los círculos personales, del cuidado de su salud, de la formación de hábitos y disciplina. Por ello se ha dicho con razón que al asignar tales responsabilidades a los padres, la ley reconoce la autoridad de estos para ejercer el control sobre las elecciones diarias de sus hijos, direccionamiento que debe ir acompañado del poder de corrección.

La custodia compartida puede o no ir acompañada de la residencia física de los hijos por períodos de tiempo en los hogares de cada uno de los padres. Este tipo de custodia física compartida tiene ventajas e inconvenientes para los hijos.

Las ventajas están dadas por permitir a los hijos un mayor tiempo de convivencia con ambos padres, los que a su vez podrán involucrarse más en la crianza y educación de sus hijos, al disponer de más oportunidades regulares de interacción padres-hijos (de lo contrario estas quedan con frecuencia reducidas a fines de semana, quincenales).

Los inconvenientes se producen al tener cada cierto tiempo que cambiarse de casa, de barrio, de amigos y de oportunidades, interrumpir actividades extraescolares o aún de colegio, todo lo cual puede conjurarse contra la necesaria estabilidad psicosocial de los hijos.

Finalmente, se concluye que España con su experiencia de más de 10 años en el tema de custodia compartida puede enriquecer al legislador nacional, atendiendo qué no existe ninguna fórmula mágica para conceder la custodia compartida y menos, una regla universal que el juez pueda utilizar para todo caso; es más su discrecionalidad y la voluntad de los progenitores las que permitirán tomar la mejor decisión que beneficie los intereses del menor cualquiera sea el tipo de custodia o el régimen de visitas que se halla establecido nunca será excesivo reiterar que la variable más decisiva en el bienestar de los hijos es la capacidad que mantengan los padres de llegar a acuerdos y de negociar sin agresividad ni hostilidad. Recordando que el rol parental les exigirá continuar poniéndose de acuerdo por mucho tiempo sobre los múltiples asuntos inherentes al cuidado y protección de los hijos.

7. Diseño metodológico

La presente investigación es de índole socio jurídica, de tipo básica-descriptiva pues reúne una descripción de una problemática, sus posibles causas que la originan, sus consecuencias y posibles ítems que pueden conducir a encontrar la pronta solución a lo planteado en ella, basándose en la jurisprudencia documentos investigativos de tipo histórico y en la ley colombiana.

7.1 El método

El método de Investigación aplicable en este trabajo de grado es analítico, puesto busca llegar más allá de definir el concepto del problema planteado, se trata de analizar todas las variables que puedan contribuir a su existencia y estudiar además los recursos que puedan conducir hasta una posible solución.

7.2 Instrumentos utilizados

En aplicación así mismo, de los métodos cuantitativos y cualitativos, toda vez que en cuanto al primero será indispensable en la investigación, ya que nos permitirá realizar de una mejor manera las encuestas en los distintos despachos judiciales de la jurisdicción de familia, y extraer con este las evidencias estadísticas y cruzar con los resultados de las variables a efecto de desarrollar el planteamiento del problema que aquí se plantea, por otro lado el método cualitativo, pues con este se busca estudiar y describir los aspectos ideológicos, en armonía a la doctrina y la jurisprudencia que regulan el estudio de caso. Se adjunta en este lugar la encuesta utilizada.

**ANALISIS DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN LA CIUDAD DE
BARRANQUILLA: AÑOS 2015-2016**

DATOS DE IDENTIFICACION

NOMBRE:

ENCUESTADOR:

FECHA DE ENCUESTA: junio 9/17

DATOS DE IDENTIFICACION DEL ENCUESTADO:

NOMBRE:	Marta Cecilia Ochoa Arenas
JUEZ:	Tercero Oral de familia B. Quila.
SEXO:	femenino

La información recolectada en la presente encuesta es exclusiva de fines académicos y tiene como único objeto extraer conclusiones frente al proyecto de investigación denominado Análisis de la pérdida de la patria potestad en la ciudad de barranquilla: años 2015-2016

1. ¿De acuerdo a las estadísticas que anualmente llevan en el Despacho judicial, cuantos procesos aproximadamente de perdida de patria potestad ingresaron al Despacho durante los años 2014-2015?

2014	
2015	

2. ¿De los procesos ingresado al Despacho, según su experiencia cual fue la causal de suspensión y privación de la perdida de patria potestad que más se presentó durante los años 2014-2015?

CAUSALES LEGALES PERDIDA PATRIA POTESTAD	DEMENCIA	ADMINISTRACION SUS PROPIOS BIENES	LARGA AUSENCIA	MALTRATO	ABANDONO	DEPRAVACION	CONDENA PENA PRIVATIVA
2014					X		
2015					X		

3. ¿Quién en mayor medida es quien incurre en las causales previstas contempladas en la regulación civil, que conlleva a la perdida de la patria potestad, el padre o la madre y cuál es la que más se evidencia por parte de estos?

PADRE	X	CAUSAL	Abandono
MADRE		CAUSAL	

4. ¿Son escuchados al interior del proceso el concepto de los menores? ¿Qué tan vinculantes son los criterios de los menores al interior del proceso para la decisión del juez en definir la perdida de la patria potestad sobre estos?

SI	
NO	X

R/ En algunos casos se escuchan, según su edad, se toma como un testimonio y se valora en conjunto con las demás pruebas.

5. ¿Cuenta el Despacho judicial con una psicorientadora adscrita al Despacho o a algún ente estatal a fin de realizar un acompañamiento a las partes y al menor?

SI	X
NO	

I.C.B.F.

6. ¿Cuál es la posición hoy en día del juez en el ámbito constitucional frente al interés superior del menor y la ponderación de este principio para la decisión final y el bienestar del menor?

R/ Es muy relevante tener en cuenta el Interés Superior del menor, quien al final será el más beneficiado.

7. ¿Al interior de estos procesos se llegan a conciliaciones?

NO. Son procesos contenciosos en que la finalidad no permite conciliar, y la renuncia a la patria potestad no es voluntaria.

R/

8. ¿Se han presentado disputas violentas entre los padres al momento de definir la patria potestad en el transcurso de los procesos y cuál ha sido su posición para solucionar estas controversias?

R/ NO. En nuestra experiencia personal las disputas han sido meramente jurídicas.

9. ¿Se han tomado medidas preventivas en estos procesos para la protección del menor? ¿Cómo cuáles?

R/ —

10. ¿Con la entrada en vigencia del Código general del proceso se han solicitado medidas cautelares innominadas al interior de estos procesos? ¿Como cuáles?

R/ Aún no se han presentado.

11. ¿De las medidas cautelares innominadas presentadas en el Despacho más o menos cuantas han sido decretadas o negadas?

R/ —

PREGUNTAS ABIERTAS:

Figura 1. Encuesta a cerca del análisis de la perdida de la patria. Elaboración Kimberly H

7.2 Fuentes de información

Las fuentes de información de nuestra investigación fueron primaria y secundaria, porque utilizamos recolección directa de información con los agentes operadores de justicia e igualmente está basada en documentos, registros, normas ya expedidas e información ya recopilada por investigadores.

La presente investigación se desarrollará bajo los parámetros de un alto enfoque social y de enorme actualidad e importancia en la cual no solo se tendrá en cuenta el estudio del derecho sino los antecedentes históricos del tema.

Área: Derecho privado

Línea de investigación: Socio Jurídica

Subarea del Derecho: Derecho de Familia.

8. Impacto y resultados esperados

El plus innovativo se centrara en analizar, bajo una óptica teórica general y constitucional concerniente a la perdida de la patria potestad y sus causas especialmente en la ciudad de Barranquilla, los distintos casos que se presentan y por ende los más reiterativos en que se encuadran los padres, representantes de los menores, que conlleva a la suspensión o a la perdida de la patria potestad y de esta manera a través de los principales resultados extraídos, plantear propuestas de incentivo y conciencia social en la comunidad atlanticense de la importancia de los infantes para el desarrollo y futuro en la sociedad lo cual se basa en una buena educación, y el ejercicio responsable parental de los padres frente a estos.

Dentro de los juzgados de familia donde se revisaron documentos relacionados con el tema solo se lograron utilizar 7 encuestas, este instrumento debía responderlo el juez, para poder analizar las respuestas y omitir una conclusión al respecto con base a los resultados, pero los jueces por sus ocupaciones laborales, autorizaron a sus secretarias conocedoras de las estadísticas para que fueran ellas quienes se encargaran de ayudarnos con sus respuestas en la culminación de este trabajo de grado.

En cuanto a la presentación de resultados se realizaran por figuras para visualizar las respuestas de cada uno de los juzgados para poder estudiar y realizar un aporte a esta investigación en relación del tema, perdida de la patria potestad en Barranquilla entre el año 2015 al 2016.

8.1 Presentacion de Resultados obtenidos

1. De acuerdo a las estadísticas que anualmente llevan en el Despacho Judicial, cuantos procesos aproximadamente de perdida de patria potestad ingresaron al despacho durante los años 2015 y 2016?.

Tabla 2

Procesos de perdida de patria potestad 2015-2016

Procesos de perdida Patria Potestad para los años 2015 y 2016	No, Procesos
2015	5
2016	5



Figura 2. Procesos atendidos en los juzgados de familia en los años 2015 -2016

En esta pregunta se analizaron el numero de procesos que ingresaron en los años en mención, para este estudio en total fueron 5 para el año 2015 y 5 para el año 2016, lo que en total sumò una población de 10 casos en cuanto a los procesos de Perdida de La patria Potestad

2. Según su experiencia cual fue la causal de suspensión y privación de la perdida de patria potestad que mas se presentó durante los años 2014- 2015?.

Tabla 3

Causales de la perdida de patria potestad

Causales de la perdida de Patria Potestad	2015
Demencia	0
Administrar sus bienes	0
larga ausencia	0
Maltrato	1
Abandono	2
Depravacion	1
Condena, pena privativa	1

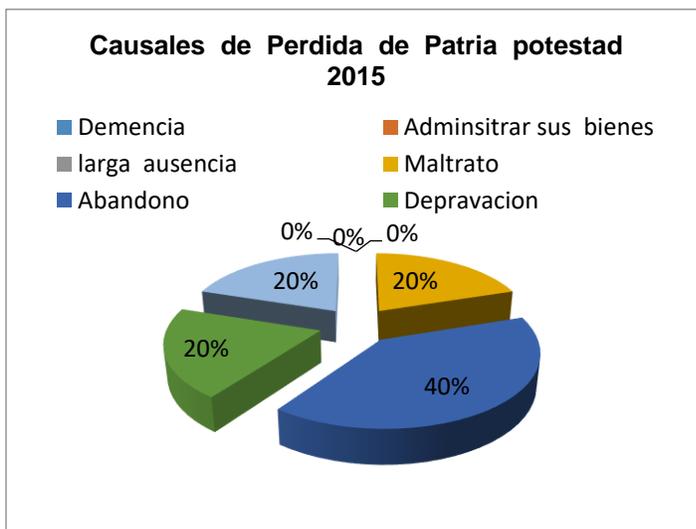


Figura 3. Causal de perdida de la patria potestad 2015

Tabla 4

Causales de la perdida de patria potestad

Causales de perdida de patria potestad	2016
Demencia	0
Administrar sus bienes	0
larga ausencia	1
Maltrato	2
Abandono	2
Depravacion	0
Condena, pena privativa	0

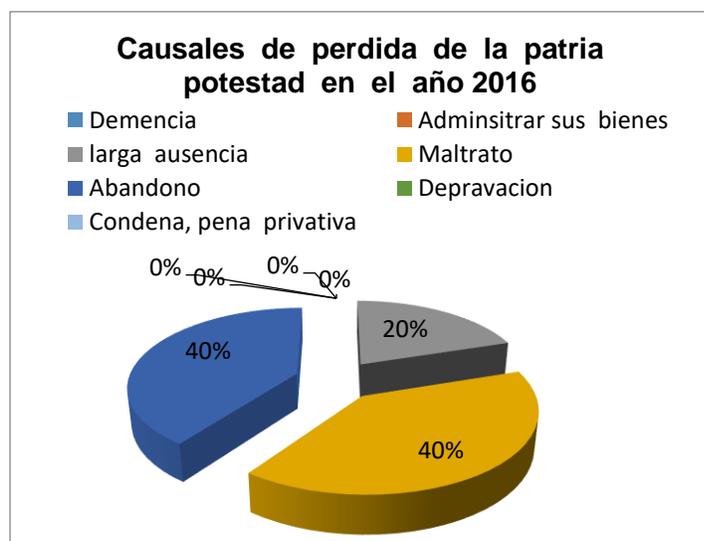


Figura 4. Causal de perdida de la patria potestad 2016

En estas figuras nos muestra que en el año 2015 hubo 2 causales de abandono y tres entre deprivación y maltrato, estos causales representaron un porcentaje de abandono de 40% y deprivación y maltrato 20% en este año. Mientras que en el 2016 se aumentó el porcentaje entre maltrato y abandono en un 40% mientras que deprivación fue un 20%.

3. Quién incurre en las causales previstas contempladas en la regulación civil, que conlleva a la pérdida de la patria potestad, el padre o la madre y cuál es la que más se evidencia por parte de estos?.

Tabla 5

Causal de abandono 2015

Padre Incidente en la Pérdida de la patria potestad	Causal
	Abandono
Padre	4
Madre	1

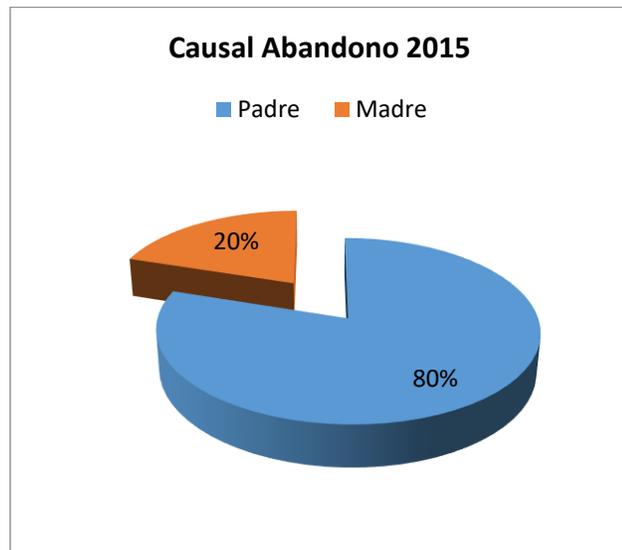
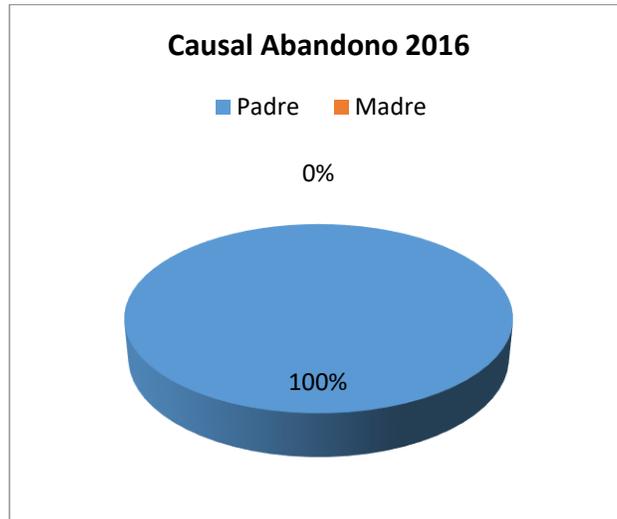


Figura 5. Causal de abandono 2015

Tabla 6

Causal de abandono 2016

	causal
	Abandono
Padre	5
Madre	0

*Figura 6. Causal de abandono 2016*

En esta figura se analiza una causal de abandono y se hace una caracterización de la causal mas vista, entre 2015 y 2016, en el 2015 el 80% de los padres, y el 20% de las madres perdió la patria potestad de sus hijos por abandono de los mismos, mientras que en el 2016, el 100% de la población fueron los padres.

Tabla 7

Comunicación al interior del proceso en menores

Si	1
No	4



Figura 7. Cuenta el despacho judicial con servicio de Psicorientacion Adscrita 2015

*Tabla 8**Comunicación al interior del proceso en menores 2016*

Si	1
No	4

*Figura 8. Son escuchados al interior del proceso los niños menores 2016*

En esta pregunta en los dos años de estudio de esta investigación los resultados son parecidos debido a que el 80% de los Jueces respondieron que a los niños menores nunca son escuchados ni en el 2015 ni en el 2016. Mientras que un 20% de los encuestados respondieron que en algunos casos son escuchados, se toma como un testimonio y se valora en conjunto con las demás pruebas.

5. Cuenta el despacho judicial con una psicorientadora adscrita al despacho o algún ente estatal a fin de realizar un acompañamiento a las partes y al menor?

Tabla 9

Psicorientadora al servicio del despacho 2015

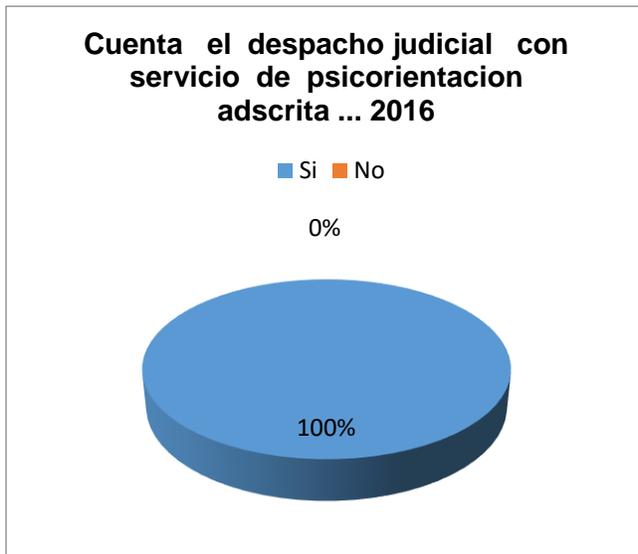
Si	4
No	1



Figura 9. Cuenta el despacho judicial con servicio de Psicorientacion Adscrita 2015

*Tabla 10**Psicorientadora al Servicio Del despacho 2016*

Si	5
No	0

*Figura 10. Cuenta el despacho judicial con servicio de Psicorientacion Adscrita 2016*

En relación al servicio de Psicorientacion que tiene el Despacho Judicial se analizaron dos años 2015 y 2016, en el 2015 uno de los funcionarios (que no fue el juez) respondió que no conocía si existía ese servicio en el despacho mientras los demás (Secretaria del Funcionario) dieron respuestas precisas al respecto que es el IC.B.F quien se encarga de brindar este acompañamiento.

6. Cual es la posición hoy en día del juez en el ámbito constitucional frente al interés superior del menor y la ponderación de este principio para la decisión final y el bienestar del menor?.

Tabla 11

El menor será el mas beneficiado 2015

El menor sera el mas beneficiado (2015)	5
No responde	0

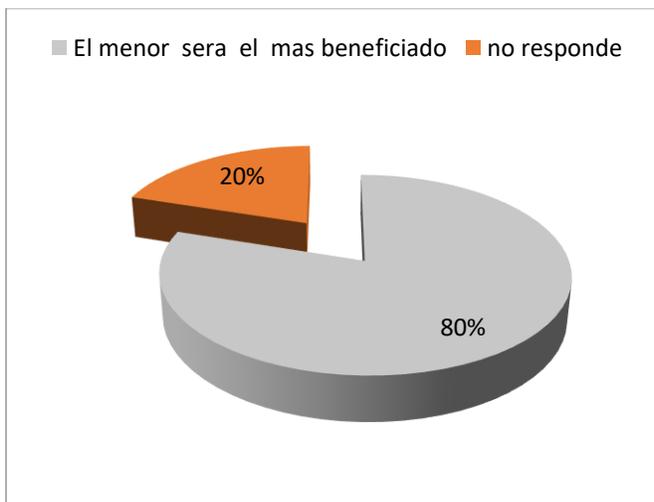


Figura 11. El menor será el mas beneficiado.2015

Tabla. 12

El menor será el mas beneficiado 2016

El menor sera el mas beneficiado (2015)	4
No responde	1



Figura 12. Cual es la posición hoy en día del juez en el ámbito constitucional frente al interés del menor 2016.

En esta pregunta, se analiza el bienestar del menor, en lo que en el año 2015 el 80% de los encuestados respondieron el menor quien será beneficiado. Mientras uno de los encuestados no respondió.

Y en el año siguiente 2016 todos respondieron que en este caso se vela por el bienestar del menor, es la respuesta que sugirió el 100% de la población encuestada. En este caso los funcionarios de cada uno de los despachos. En este año también hubo respuestas, textuales: Es relevantes tener en cuenta el interés superior del menor quien al final será el mas beneficiado.

7. Al interior de estos procesos se llega a conciliaciones?.*Tabla 13**Posibilidad de Conciliaciones 2015*

No	5
Si	0

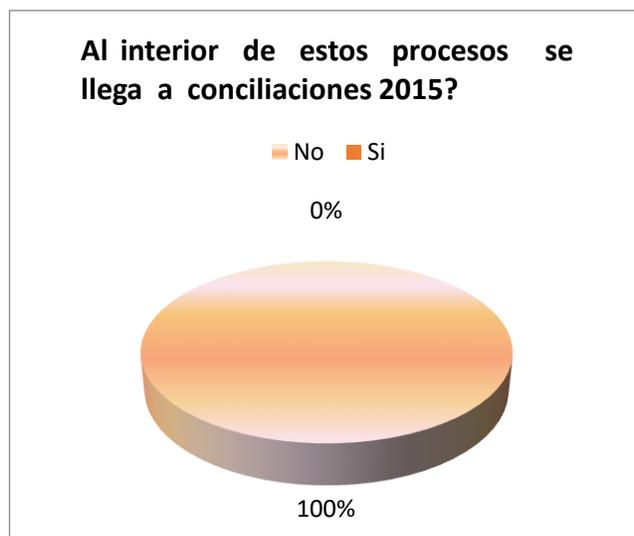
*Figura 13. Se han presentado disputas violentas al momento de definir la patria potestad 2016.*

Tabla 14

Posibilidad de Conciliaciones 2016

No	5
Si	0

*Figura 14. Al interior de los procesos se llega a conciliaciones 2016.*

En cuanto a la pregunta : ¿Al interior de estos procesos se llega a conciliaciones?. Los dos años de esta investigación en los diferentes juzgados respondieron que generalmente no existen conciliaciones. Y la mayoría respondió que son procesos contenciosos en que la finalidad no permite conciliar y la renuncia a la Patria Potestad no es voluntaria. Esta población se encuentra representada en un 100% que esta de acuerdo con este concepto.

8. Se han presentado disputas violentas entre los padres al momento de definir la patria potestad en el transcurso de los procesos y cual ha sido su posición para solucionar esta controversia?.

Tabla 15

Discusiones entre padres al momento de definir la custodia 2015

No	5
Si	0



Figura 15. Se han presentado disputas violentas al momento de definir la patria potestad 2015

*Tabla 16**Discusiones entre padres al momento de definir la custodia 2016*

No	5
Si	0

*Figura 16. Se han presentado disputas violentas al momento de definir la patria potestad 2016.*

Los 7 juzgados que analizaron la información ofrecida por sus funcionarios nos respondieron : Que en nuestra experiencia personal las disputas han sido meramente jurídicas. Por lo tanto en ninguno de los 10 casos en los dos años de estudio de este procesos se dieron disputas.

9. Se han tomado medidas preventivas en estos procesos para la protección del menor como cuales?.

Tabla 17

Medidas preventivas para el menor 2015

No	5
Si	0



Figura 17. Medidas preventivas en los procesos para la protección del menor 2015

Tabla 18

Medidas preventivas para el menor 2016

No	5
Si	0

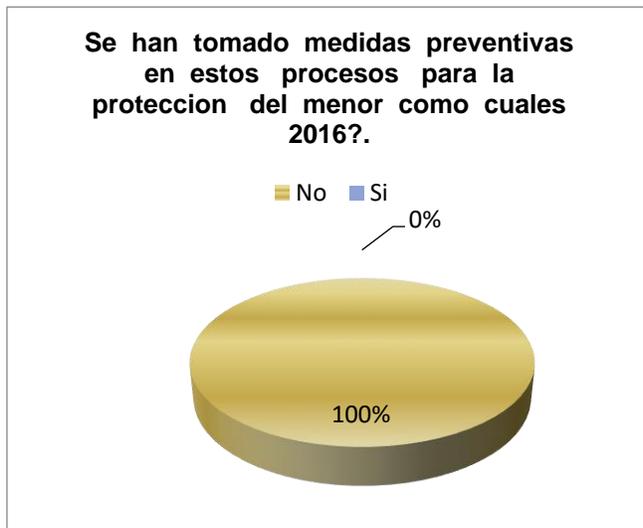


Figura 18. muestra que se han tomado medidas preventivas en los proceso para la protecci3n del menor.

En el an3lisis de los dos a3os de estudio de esta Investigacion, y los Funcionarios respondieron que NO. En nuestra experiencia personal, las disputas han sido meramente jur3dicas. Y en este caso las medidas preventivas est3n relacionadas directamente con la asesor3a que brinda entidades estatales como Comisaria de Familia, y I:C:B:F. en Barranquilla.

9. Con la entrada en vigencia del Código general del Proceso se han solicitado medidas cautelares innominadas al interior de estos procesos como cuales?.

Tabla 19.

Medidas cautelares al interior de estos procesos

No	5
Si	0

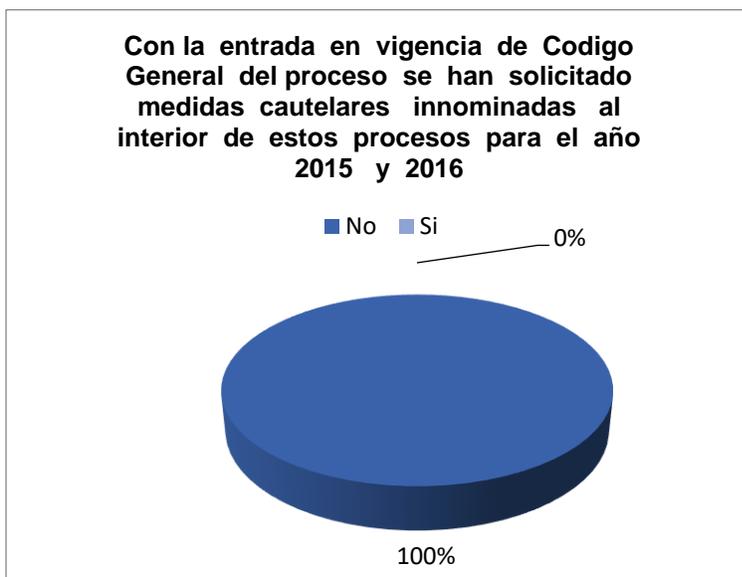


Figura 19. muestra la entrada en vigencia de Código general del proceso se han solicitado medidas cautelares procesos 2015-2015

En cuanto a las respuestas de esta pregunta para ambos años en que planteamos esta investigación, la mayoría de funcionarios de los juzgados manifestaron que en ningún momento se han presentados estos eventos. Por lo tanto tampoco existen medidas cautelares en relación a este proceso.

10. De las medidas cautelares innominadas presentadas en el despacho mas o menos cuantas han sido decretadas o negadas?.

En esta investigación esta pregunta no fue respondida por los funcionarios, debido a que debe precisarse en esta respuesta, de acuerdo al caso referencial de este tema de estudio.

8.2 Resultados obtenidos

En esta investigación que contribuyó con nuestro estudio y trabajo de grado, es preciso tener en cuenta algunos datos específicos que nos llevaron a obtener estos resultados.

Los años en lo que se analizó la población de estudio para este tema, fueron determinados entre 2015 y 2016, debido a que en estos años fueron 10 casos en que la pérdida de la patria potestad tuvo una gran relevancia. Lo que nos llevó a utilizar como elemento de observación y obtención de datos, una encuesta con preguntas abiertas que nos llevaron a determinar las causas de la pérdida de la patria potestad, También nos ayudo a establecer que la mayoría de los padres (Papas) se les declaró pérdida de patria potestad para con sus hijos, donde una de las razones de los mismos fue el abandono.

Por otro lado el 80% de los Papas, en los dos años de análisis de este tema tuvieron causales para perder la patria potestad; por abandono, deprivación, y Maltrato Infantil. Repartidos entre un 40% y 40% y un 20% por maltrato y violencia infantil.

En cuanto a los casos en donde se escucha la versión de los menores, de acuerdo con la edad, es en busca del beneficio del menor. A los que igualmente se les brinda asesoría Psicorientadora de los entes estatales como son I.C.B.F. y Comisariarias de Familia en la ciudad de Barranquilla.

Finalmente en estos procesos no se dictan en ninguno de estos casos, medidas cautelares, debido a que de los 10 casos nunca han sido necesaria su solicitud. Y las disputas existentes entre los padres de los niños al interior del despacho, se generan disputas meramente jurídicas.

Finalmente se puede decir que en cuanto a la última pregunta de las medidas innominadas presentadas en el Despacho; esta pregunta no fue respondida por los Funcionarios de los despachos (7) en los que se presentó la encuesta.

Tabla 20

Actividades Realizadas

ACCIONES	ESTRATEGIAS/ RECURSOS NECESARIOS	FECHAS
Revisión y ajustes del anteproyecto,	Búsqueda de Información, búsqueda de sentencias en la Corte Constitucional	Julio de 2017
Elaboración del diseño metodológico	Revisión de documentos, acceso a Internet Visita a Bibliotecas Lectura de textos	Agosto de 2017
Elaboración y aplicación de instrumentos de recolección de	Definir población y muestra, papelería, fotocopias, fichas	Septiembre de 2017

datos	de trabajo de campo	
Diseño y elaboración de los marcos de referencia	Revisión de documentos, Acceso a Internet, Estudios gtz, Corte Constitucional	Octubre de 2017
Entrega del proyecto final y tesis	Trascripción, papelería, empaste, CDs	Noviembre de 2017

10. Presupuesto

Tabla 22.

Presupuesto global de la investigacion

PRESUPUESTO GLOBAL DE LA INVESTIGACION		
RUBROS	ESPECIFICACION	TOTAL
PERSONAL	Asesoría y Transcripción	\$ 100.000
EQUIPOS	Computador, Impresora	\$ 500.000
MATERIAL Y SUMINISTROS	Papelería y materiales	\$ 100.000
BIBLIOGRAFIA	Textos, libros jurídicos, Revistas jurídicas, jurisprudencia fisica	\$ 300.000
TRANSPORTE		\$ 100.000
OTROS	Fotocopias Internet	\$ 100.000
TOTAL		\$ 1.200.000

Presupuesto manual de la Investigacion 2018.

11. Conclusiones

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.

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.

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.

Es qui donde se le puede dar relevancia a el presente concepto, que no es de obligatoriedad de cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, està basado de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del

Decreto 987 de 2012 No obstante, se debe tener presente que si bien se han ampliado notoriamente las hipótesis en que es procedente el ejercicio conjunto, ya no solo por acuerdo de los padres, sino también por disposición legal y vivan aquellos juntos o separados; el alcance de las normas que regulan la forma de llevar adelante tal ejercicio conjunto, posibilitando una actuación indistinta respecto de ciertos actos, no se aplica a todos los atributos de la patria potestad, sino solo en plenitud a la administración de bienes y a la representación legal en el ámbito extrajudicial, como ha quedado demostrado en las líneas que preceden.

La normatividad civil está llamada a despojarse del formalismo que otrora era legítimo acuñar y defender, pero hoy se presenta como un rezago peligroso por cuanto se potencializa en instrumento de vulneración de derechos y de anquilosamiento de la normatividad,

Puede observarse que se resalta la consecuencia de fijación de sentidos por parte del formalismo en la interpretación y operacionalización de las normas, lo cual va de la mano con parte normativa acerca de la creación por parte del derecho de un espacio de racionalidad en el cual las reglas son reconocidas como legítimas y conlleva al montaje de discursos y valores que no permiten contradicción. De allí puede extraerse al menos una de las razones por las cuales se deben esperar décadas antes de producirse el reconocimiento jurídico de situaciones familiares, sobre todo en temas discordantes con los valores políticos, religiosos, morales impuestos, como lo es la adopción homosexual, el aborto, el tratamiento del embrión y muchos más que pululan en el derecho de familia.

Este formalismo se siembra desde la enseñanza misma del derecho, cuando de generación en generación se transmiten enunciados jurídicos sin llevar a reflexionar sobre ellos. Para la muestra el postulado acerca de la patria potestad como irrenunciable (Jaramillo, 1991; Suarez,

1999; Valderrama, 2013), éste debe ser cuestionado ante el derecho de los padres de entregar su hijo en adopción (art. 66 Código de Infancia y Adolescencia).

Debería retomarse con visión crítica esta afirmación que en lugar de responsabilizar a los progenitores podría estar vulnerando los derechos de los niños, pues en una sociedad donde no es legal el aborto imponer además de la progenie, la paternidad o la maternidad es un absurdo, donde finalmente el más damnificado es el niño, ya sea por encontrarse en un hogar donde no es querido, abandonado o dado en adopción irregular, entre otros vejámenes.

No obstante, la crítica tendiente a apoyar el desmonte del formalismo pernicioso no puede ser mal interpretada como una defensa del laxismo jurídico: No, la exhortación es a avanzar hacia una visión integral del derecho como socialmente producido y a su vez productor de fenómenos sociales. Por tanto, debido a su gran importancia como factor de construcción de sociedad es indispensable estudiarlo y aplicarlo de manera reflexiva, crítica.

Así, se hace necesario que desde la academia misma se enseñe el derecho bajo un abanico abierto de corrientes doctrinarias. Educar a los futuros juristas bajo el esquema de respuestas correctas es no prepararlos para el debate que deberán enfrentar en el futuro. Como docentes es una responsabilidad mostrarles que el derecho se encuentra lejos de ser un silogismo perfecto. Como científicos es necesario investigar los orígenes, posibles resultados y efectos de esta génesis perpetua de derivaciones argumentativas que no se producen solo desde la academia, también desde los estrados judiciales, y desde las decisiones de otros operadores jurídicos como los comisarios y defensores de familia para el caso de esta rama del derecho.

En íntima conexión con lo anterior aparece una urgencia, el repensar de manera sistémica el derecho que regula las relaciones entre los miembros de la familia, pues paradójicamente,

como lo resalta Jaramillo (2013), la familia es una categoría inexistente en el Código Civil, por tanto, no es de extrañar que puedan producirse interrogantes a la hora de decidir los derechos y deberes que surgen entre los miembros de las nuevas estructuras familiares reconocidas actualmente en el país .

Sumado a toda esta problemática de la diversidad de fuentes creadas bajo visiones, valores e ideologías numerosas, que producen una mixtura de normatividades: Código Civil, Código de la infancia y adolescencia, leyes especiales de protección a la familia como la Ley 1361 de 2009, entre otras, sin olvidar la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional en estos más de veinte años de funcionamiento.

Por último, es necesario aclarar que no debe mirarse la evolución del derecho de la familia de manera ingenua. Es bien sabido que la concesión de derechos y/o deberes a un miembro de la familia implica la afectación de los derechos de otros. La discusión se encuentra atravesada por los intereses de orden moral, así como patrimoniales, de hecho estos tenían gran peso y terminaban disfrazados en viejas discusiones moralistas, pues en realidad los hijos fuera del matrimonio representan un peligro para el patrimonio de las familias constituidas. (p. 158).

Por tanto, avocar por una reflexión y posible legislación integral del derecho de la familia implica saber que ésta estará cruzada por la tensión entre intereses en juego de todo orden: religiosos, políticos, patrimoniales, que de hecho, han impedido en buena medida avanzar, tal como lo va exigiendo la realidad, en la reflexión concienzuda y la regulación del derecho de familia en nuestro país. Por ejemplo, la extensión de derechos y deberes derivados de la autoridad parental a la familia de crianza no es un asunto neutro, implicaría la imposición de cargas o afectaciones en todo caso a derechos patrimoniales de hijos biológicos, compañeros permanentes, y demás.

12.Referencias

Álvarez A (2011) “Constitucionalizarían Del Derecho De Familia” *Jurídicas CUC* 7 (1): 27-52,

2011

Carrillo, E. (2011) Niñas y niños involucrados en procesos de sustracción familiar en México.

Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud [online], 9 (2), 561-572.

ISSN 1692-715X.

Código Civil francés.

Congreso de Colombia. (1887). Ley 57. Código Civil colombiano.

Congreso de Colombia. (2006). Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098.

Congreso de Colombia. (2009). Ley 1361. Por medio de la cual se crea la ley de protección

integral a la familia.

Congreso de Colombia. (2009). Ley 1306. Por la cual se di tan nomas para la Protección de

Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal

de Incapaces Emancipados.

Congreso de la Republica (8 de Noviembre). *Ley 1098 de 2006 .Por medio del cual se expide el*

Código de la Infancia y la Adolescencia..

Congreso de la Republica (26 de mayo de 1873) Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo

52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título

III (arts. 19-52) de la misma Constitución.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención sobre los derechos del niño de 1989.

Corte Constitucional colombiana. (1993). Santa Fe de Bogotá. Sentencia T- 500. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional colombiana. (2003). Santa Fe de Bogotá. Sentencia T- 189. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional colombiana. (2004). Santa Fe de Bogotá. Sentencia C- 997. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional colombiana (2007). Santa Fe de Bogotá. Sentencia C- 1003. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional colombiana (2011). Santa Fe de Bogotá. Sentencia C- 577. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional colombiana (2012). Santa Fe de Bogotá. Sentencia T- 266. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional colombiana (2013). Santa Fe de Bogotá. Sentencia T- 586. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional colombiana (2013). Santa Fe de Bogotá. Sentencia C- 404. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional colombiana (2013). Santa Fe de Bogotá. Sentencia T- 606. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional colombiana (2004). Córdova Triviño, J Sentencia C-997 de 2004. FAMILIA-Protección Familia-Principio fundamental y sujeto de protección estatal patria potestad, interes superior del menor. Bogotá: Corte Constitucional

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Del Carmen, N. (Enero- junio 2009). Prácticas y debates socio-jurídicos en torno al lugar de los niños en el espacio familiar y social -Postrimerías del siglo XIX-. *Opinión Jurídica*, 8, (15), pp. 51- 165.

Freijo, E., Delgado, A., Ayala, J. & Parra, A. (2010) Análisis de los Problemas y Necesidades Educativas de las Nuevas Estructuras Familiares. *Psychosocial Intervention*, 19, (3), 243-251.

García, M. (Julio - septiembre 1989). El derecho como instrumento de cambio social: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (86), pp. 29-44.

García, M. (1993). La eficacia simbólica del derecho Examen de situaciones colombianas. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Henoa Pérez, J (24 de noviembre de 2011) Sentencia T-884 de 2011. Derechos del niños, interes superior del menor, custodia y cuidado personal del menor, patria potestad. Bogotá: Corte Constitucional

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2016) –ICBF Bogotá D.C,

Jaramillo, G. (1991). *Derecho de Familia*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia

Jaramillo, I. (2008). Hacia una teoría del derecho constitucional como herramienta para la transformación del patriarcado. En I. Goyes Moreno (comp.). *III Congreso nacional y I internacional de derecho constitucional. Tensiones contemporáneas del constitucionalismo*. (pp. 55- 63). Nariño, Pasto- Colombia: Ediciones Edinar.

- Jaramillo, I. (2013). Derecho y familia en Colombia: historias de raza, género y propiedad (1540-1980). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Lafont, P. (2007). Derecho de familia, derecho de menores y de juventud, régimen sustancial y procedimental. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.
- Lemos, M. (2006). La custodia y cuidado personal de los hijos. Medellín: Librería Jurídica Sánchez
- Ley 1098 de 2006, Código de infancia y adolescencia, Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006
- Linares, B. (2007). Código de la infancia y la adolescencia versión comentada. Bogotá: Unicef.
- Linares, B. & Quijano, P. (s.f.) Nueva Ley para la Infancia y la Adolescencia en Colombia.
- Medina, J. (2011). Derecho civil. Derecho de familia. Bogotá: Universidad del Rosario
- Monroy, M. (2008). Derecho de la familia y de la infancia y la adolescencia. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.
- Medina Pavón. J (2010) *Derecho Civil Derecho de Familia*, IV Edición. Bogota, Colombia: Colección Lecciones de Jurisprudencia Editorial Universidad del Rosario.
- Naranjo Mesa, V (13 de octubre de 1994) Sentencia T-447 de 1994. Derecho a la unidad familiar. Bogotá: Corte Constitucional
- Rodríguez, M. S. "Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos", en Revista *lus et Praxis*, año 16, N° 1, 2010.
- Rodríguez, M. S., "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia", en *Revista de Derecho*, vol. 36, N° 3, 2009.

Rodríguez, M. S., ponencia "*La representación legal en el ejercicio conjunto de la patria potestad*", en las *XI Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 3 al 5 de octubre de 2013*.

Rojas Rios, A (1 de abril de 2014). Sentencia C- 200 de 2014. Niños y niñas como sujetos de especial proteccion e interes superior del menor. Bogota: Corte Constitucional

Sandoval Fernandez Omar (2014). Uniones maritales de hecho en Colombia, una mirada Jurisprudencial. *Juridicas CUC*. 10 (1) 365- 384. Editorial Educosta. Barranquilla (2.014).

Sandoval O (2014) “Uniones maritales de hecho en Colombia, una mirada jurisprudencial” *Jurídicas CUC* 10(1): 370-380, 2014 Universidad de la Costa CUC

Sierra Porto, H (29 de marzo de 2012) Sentencia T-260 de 2012. principio del interes superior del menor-Consagración constitucional e internacional/derechos de los niños, niñas y adolescentes-Obligación del Estado de brindar una protección especial. Bogotá: Corte Constitucional

Vargas Hernández, C (1 de abril de 2003) Sentencia C-273 de 2003. Derechos del niño, interes superior del menor, convencion internacional sobre los derechos del niño. Bogotá: Corte Constitucional

Otras consultas Jurisprudenciales

El artículo 307 del Código Civil Colombiano y el artículo 9 numeral del Decreto 2150 de 1995, artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.