

Análisis de los criterios jurídicos de los operadores judiciales para resolver sobre la pérdida de la patria potestad por el no suministro de alimentos*

* Damaris Quintero Osorio, abogada de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Santiago de Cali y Candidata al título de Magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali.

RESUMEN

Se realizó una investigación que tenía como finalidad identificar los criterios que el operador judicial debe tener en cuenta a la hora de decretar la pérdida de la patria potestad por el no suministro de alimentos (artículo 315 del Código Civil) de acuerdo a lo consagrado por la Corte Constitucional y por el legislador, utilizando una metodología cualitativa, descriptiva y socio jurídica, encontrándose que ésta solamente podrá decretarse en circunstancias especiales en virtud del artículo 44 de la Constitución Política y en aplicabilidad del principio del interés superior del menor, principio rector del ordenamiento jurídico.

Palabras Clave: *Pérdida de la patria potestad, principio del interés superior del menor, suministro de alimentos, decisión judicial, bloque de constitucionalidad.*

ABSTRACT

An investigation was carried out whose purpose was to identify the criteria that the judicial operator must take into account when declaring the loss of parental authority due to the non-provision of food (article 315 Código Civil), in accordance with the provisions of the Constitutional Court and the legislator. , using a qualitative, descriptive and sociojuridical methodology, finding that it can only be decreed in special circumstances under article 44 of the Political Constitution and in applicability of the principle of the best interests of the minor, guiding principle of the legal system.

Keywords: *Loss of parental authority, principle of the best interests of the child, food supply, judicial decision, constitutionality block.*

INTRODUCCIÓN

El presente artículo jurídico de revisión teórica y doctrinaria que establece la importancia de la patria potestad, la cual es una figura jurídica del ordenamiento jurídico colombiano, cuya finalidad es brindar protección a los Derechos del menor para asegurar todo lo necesario para un correcto y adecuado desarrollo físico, emocional y social. Figura jurídica cuyos antecedentes se remontan a la época del derecho romano y que fue introducida en Colombia en 1887.

Es importante aclarar que para cumplir con los objetivos propuestos en esta investigación, el autor se basa en fuentes fidedignas de información reconocidas dentro del ordenamiento jurídico y a nivel internacional por diversas legislaciones y autores con conocimiento en el tema. Lo anterior, con la única finalidad de no entrar en controversias jurídicas, legales, teóricas o doctrinarias, puesto que se trata de que mediante la búsqueda y selección de la información, tener una aproximación al tema objeto de estudio y cuya validez teórica está fundamentada principal y únicamente en las fuentes de información secundarias, caracterizada ésta por utilizar autores expertos en el tema y que han sido reconocidos por diferentes universidades nacionales e internacionales.

Para adentrarse en el tema objeto de estudio, es necesario primeramente conceptualizar qué se entiende por criterio jurídico. La palabra criterio es un vocablo griego que significa “juzgar”, entendiéndose como criterio un “juicio o discernimiento de una persona” con respecto a un tema concreto.

Ahora bien, de acuerdo a la anterior definición y desde el punto de vista jurídico, un criterio se considera como una condición subjetiva que se sustenta sobre un juicio de valor (Real Academia Española, 2016) y que debe cumplir con una condición especial: cumplir con ciertos requisitos que permitan alcanzar un objetivo, o bien, satisfacer una necesidad, un principio, un valor, un derecho o una norma.

La doctrina ha establecido claramente que se distinguen tres criterios básicos de interpretación que son: la interpretación auténtica, la judicial y la doctrinaria. La interpretación auténtica es la realizada por el autor o creador de la norma: el legislador, lo que se conoce comúnmente como motivos de exposición.

Mientras que la interpretación judicial es la practicada por los jueces y tribunales, utilizada precisamente por éstos para emitir sus fallos o tomar sus decisiones (ratio decidendi) y, finalmente, la interpretación doctrinal, también conocida como interpretación científica, aquella que proviene de la interpretación dada o hecha por los doctrinarios, teóricos, académicos y estudiosos del tema. (Legalmag, 2012)

Para efectos del presente artículo, se desarrollaron de manera breve, pero lo suficientemente aclarativos y explicativos, los criterios jurídicos tenidos en cuenta por el operador jurídico para decretar la pérdida de la patria potestad por el no suministro de alimentos. Criterios que como puede observarse depende de lo establecido por el legislador, la Constitución, la doctrina y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que establecen como prioridad los principios y derechos de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo al principio del interés superior. Pérdida de la patria potestad que solo puede aplicarse en condiciones especiales como podrá observarse en el desarrollo de este estudio.

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS JURÍDICOS DE LOS OPERADORES JUDICIALES PARA RESOLVER SOBRE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EL NO SUMINISTRO DE ALIMENTOS

DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES RELACIONADOS CON LA PATRIA POTESTAD COMO FIGURA JURÍDICA EN COLOMBIA

La patria potestad es una figura jurídica considerada como un derecho adquirido, cuyos antecedentes se remontan al derecho civil de Roma. Suárez (2014), explica que desde los tiempos de la antigua Roma, la patria potestad fue considerada como un poder jurídico personal, propio y exclusivo de los ciudadanos romanos libres.

“Desde los primeros tiempos de Roma, la institución de la patria potestad se ligó, sin duda, a la ciudadanía nacional romana y al matrimonio, pues este siempre estuvo destinado a la fundación del grupo familiar. El clan familiar romano es una unidad jurídica autónoma (ex iure Quiritium) que es gobernada única y exclusivamente por el paterfamilia”. (Suárez, 2014)

La familia se consideraba patriarcal porque en el derecho romano jamás se admitió la familia matriarcal. Por esta razón, cuando se hacía referencia al término "patriarcal", se aludía a que sólo los padres (sui iuris), podían ser jefes civiles y religiosos de la familia, siendo la familia “una institución de y para los varones, padres, quirites”. (Suárez, 2014)

Figura jurídica que tomaría muchos siglos para evolucionar y llegar a ser lo que es hoy en día: una institución jurídica considerada como un derecho que protege los derechos del menor y que se fundamenta en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que tiene entre otras finalidades, brindar y garantizar como especial protección, los derechos de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo al principio del interés superior de éstos.

Principio que se considera como principio rector del ordenamiento jurídico y que es de obligatorio cumplimiento. Razón por la cual, no se puede abordar el estudio, análisis y/o interpretación de los derechos que protegen a los niños sin remitirse a éstos, ya que como lo establece la doctrina y la jurisprudencia, la norma no puede analizarse por separado, en abstracto, sino que debe tenerse en cuenta el contexto que la rodea.

Ahora bien, después un breve paréntesis sobre la importancia de la patria potestad y su relación con el principio del interés superior, el grupo investigador se remite nuevamente a los antecedentes de la patria potestad en el derecho romano y en la Edad Media como una figura que con el pasar del tiempo iría modificándose y adaptándose como parte esencial del derecho de familia pero en condiciones de igualdad y en donde el protagonista no es el pater familia, sino el niño, niña o adolescente tal y como lo establece la Constitución y el llamado bloque de constitucionalidad.

Retomando lo expuesto por Suárez, es importante recordar que con el pasar del tiempo y con la influencia del derecho romano postclásico en el cristianismo, durante la Edad Media, se le comisiona a la iglesia cristiana crear un orden social fundamentado en los principios bíblicos. Es así como la iglesia cristiana convierte “a la familia romana pagana en una familia cristiana”. (Suárez, 2014) La familia romana se fundará “en el matrimonio (vínculo ahora indisoluble que hace nacer una comunidad de vida de dos unidos en uno”. (Suárez, 2014)

Este pensamiento doctrinal y religioso estableció que la mujer estará sujeta a su marido al igual que los hijos, ya que los clérigos no entrarían a debatir sobre “la autoridad del paterfamilias sobre su esposa. Tampoco su competencia exclusiva para ejercer la patria potestad”. (Suárez, 2014) simplemente se limitarían a establecer una figura jurídica y religiosa cuya autoridad recaería en el hombre como debía ser y como siempre había sido.

Por su parte, Alfonso García Gallo, citado por Suárez (2014), afirmaba que la Iglesia cristiana jugó un papel decisivo “en la evolución de las instituciones romanas del derecho de familia, ya que fue la Iglesia, por boca de sus obispos y sacerdotes, la que impuso a los fieles la acomodación de sus actos a los preceptos de la religión: la obediencia a las autoridades, el trato humano de los esclavos, la indisolubilidad de los matrimonios, la prohibición de abandonar a los hijos, el cumplimiento de los contratos, etc.”.

En otras palabras, la Iglesia no tenía interés en cambiar las instituciones ni alterarlas. Su papel se limitaba a modificar “en su conjunto el régimen económico, social o político del mundo romano...” y también en “modificar aquello que contradecía su propia doctrina o dificultaba la observancia de ésta”. (Suárez, 2014)

Influencia que seguiría vigente por mucho tiempo hasta la época de la Revolución Industrial, gracias a la promulgación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y, que más adelante, a principios del siglo XX debido a los acontecimientos políticos, económicos y sociales suscitados en la Primera Guerra Mundial y después con la Segunda Guerra Mundial en 1944 se proclamaría la Carta de Derechos Humanos, que tenía como objetivo común el de garantizar un orden social más justo y equitativo, considerando a la familia como núcleo esencial de la sociedad y la cual debía gozar de una protección integral por parte de los Estados miembros. Columna vertebral de un catálogo de derechos, principios y valores jurídicos universalmente reconocidos que se irían incorporando a los diferentes ordenamientos jurídicos, gozando de especial protección los derechos de los niños, niñas y adolescentes precisamente por considerarse como sujetos de especial protección por encontrarse en situación de vulnerabilidad con respecto a sus padres y a la sociedad en general.

Es de esta manera, que los Estados retomarían la figura jurídica de la patria potestad, sin ser la excepción el Estado colombiano, pero sin sufrir grandes modificaciones en su Código Civil hasta nuestros días, siendo una norma jurídica, cuya interpretación actual remite al juez al análisis y contexto que rodea al menor para decretar la pérdida de la patria potestad,

basando su decisión en una serie de criterios jurídicos establecidos tanto por el legislador, la doctrina y la Constitución como norma de normas según lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de la Organización de la Naciones Unidas (ONU) en 1959.

La doctrina establece claramente que “Los niños, niñas y adolescentes (NNA) son titulares de los derechos fundamentales consagrados por los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros y en cada uno de ellos se encuentran enumerados un vasto número de derechos esenciales para la protección de la niñez”. (Morlachetti, 2013)

La Carta de Derechos Humanos consagra un amplio catálogo de derechos humanos con la finalidad de garantizar un orden justo a todas las personas sin distinción alguna “de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 2, Declaración Universal de Derechos Humanos), gozando la familia de especial protección y estableciéndose claramente que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 16).

De esta manera, los Estados miembros deben adoptar medidas conducentes a garantizar su protección y restablecer el orden justo en caso de alguna injerencia, arbitrio o violación de este derecho, sin ser el Estado colombiano la excepción.

De acuerdo a lo anterior, la Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 42 que el Estado colombiano junto con la sociedad, garantizan la protección integral de la familia. Esta protección como bien se lee, debe ser integral en todos los aspectos que rodean a las familias, entendiéndose por familia “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a

sus integrantes más próximos”. (Corte Constitucional, Sentencia T-070 de 2015), recibiendo especial protección los niños, niñas y adolescentes como se dijo anteriormente.

Después de la Declaración de los Derechos de los Niños en 1959, los Estados miembros, incluyendo Colombia, hicieron cambios en su legislación para proteger los derechos de los niños. La norma sería clara y de gran importancia. Significaba que estos derechos no podrían ser vulnerados y que el Estado tiene el deber de brindar su garantía y cumplimiento. Los Estados partes recibieron orientación al respecto y se les impuso el deber de adoptar una serie de medidas legislativas con el fin de preservar la seguridad jurídica para el efectivo y pleno goce de los derechos contemplados en los diferentes instrumentos internacionales, siendo el de mayor aplicabilidad la Convención de los Derechos del Niño (CDN). (Morlachetti, 2013)

Pero no sería sino hasta la promulgación de la Constitución de 1991 que los derechos de los niños tomaría mayor importancia en nuestro ordenamiento jurídico y que en el 2006, el Estado colombiano ratificaría esta Convención, expidiendo el Código de Infancia y Adolescencia.

Código que tenía como objetivo, tal y como le señala Morlachetti (2013), el de unificar las leyes y aspectos trascendentales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a la Constitución, a la doctrina, a la jurisprudencia y demás leyes concordantes y a aquellos temas relevantes de los derechos de los niños establecidos por la Convención de 2006, tales como “protección y prevención de abusos, explotación, trabajo infantil, e incluso en algunos casos el régimen de justicia juvenil, así como los procedimientos administrativos y judiciales y las instituciones públicas y privadas que formarían parte de un sistema de protección”, garantizando de esta manera los principios sobre los que se fundamentan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo el principal de ellos el principio de interés superior, constituyéndose estos principios como una “una obligación ineludible de los Estados”. (Comité de Derechos del Niño, Observación General No 5, Art. 18).

Obligación de la que hace parte los alimentos por parte de los progenitores para con sus hijos y que puede perderse la patria potestad sobre éstos a causa del abandono y por el no suministro de alimentos, según lo establecido en el Código Civil en su artículo 315 que establece las causales para la pérdida de la patria potestad, las cuales son en estricto orden literal:

- “(i) por maltrato del hijo
- (ii) por haber abandonado al hijo
- (iii) por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad
- (iv) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año”.

El abandono implica la sustracción de la obligación y de la responsabilidad que conlleva ser padres, al no cumplir con los deberes de alimentación, manutención, educación, salud y otras responsabilidades legales, propias de un padre o madre. (Concepto 119 del ICBF, 2017)

Por su parte, el artículo 288 del Código Civil define la patria potestad 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”.

Anteriormente, la patria potestad en Colombia la ejercía el padre. Solamente fue hasta 1887 con la modificación del artículo 53 de la Ley 153 de 1887 que la madre podía ejercer la patria potestad en caso de fallecimiento del padre.

“Estos derechos no pertenecían a la madre ni siguiera en el caso de a muerte del padre. Esta concepción fue modificada por el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, según el cual "la Patria Potestad es un conjunto de derechos que la ley reconoce al padre legítimo sobre los hijos no emancipados. Muerto el padre, ejerce los derechos

la madre legítima, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias". Pero la Patria Potestad no se otorgó a la madre con relación a los hijos legítimos. Podía ejercerla únicamente por muerte del padre, siempre y cuando que guardara buenas costumbres y no pasara a otras nupcias". (Carmona, 2012)

Artículo que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 45 de 1936, al establecer que “la Patria Potestad es el conjunto de derechos que la ley le concede a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de los hijos legítimos, el padre, y a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o la madre con relación a ellos, padre o madre de familia”. (Carmona, 2012)

De igual manera, la madre solo podía ejercer la patria potestad sobre los hijos naturales. El padre podía hacerlo mediante la autorización de un juez, siempre y cuando no estuviera casado.

Posteriormente el gobierno nacional expide la Ley 75 de 1968 en la que no se observaron grandes modificaciones al respecto. En su artículo 19 se definió la Patria Potestad como "el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos como emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone". El inciso 2 estableció que el ejercicio de los derechos derivados de la Patria Potestad los tenía respecto de los hijos legítimos el padre, y a falta de este por cualquier causa legal, la madre. El juez puede entregar en guarda al hijo, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente para los intereses del hijo”. La patria potestad la seguía ejerciendo el padre y la madre solamente sobre los hijos naturales.

Tan solamente fue con el decreto 2820 de 1974 que el ejercicio de la patria potestad corresponde de manera conjunta a ambos padres y a falta de uno de ellos, la ejercerá el otro (artículo 24), modificándose de esta manera la Ley 75 de 1968 y el Código Civil hasta nuestros días.

BREVE ANÁLISIS DOCTRINARIO RELACIONADO CON LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EL NO SUMINISTRO DE ALIMENTOS

En el ordenamiento jurídico nacional e internacional y en armonía con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la pérdida de la patria potestad (artículo 315 del Código Civil) se considera como una medida jurídica excepcional decretada por autoridad judicial competente y en la que se autoriza la intervención directa del Estado como medida de protección de los menores cuando uno de sus derechos es vulnerado o se considera en inminente riesgo. Razón por la cual, solo podrá ser decretada por el juez de familia, quien debe tener en cuenta en su decisión judicial, el contexto sociojurídico que rodea al menor y realizar una ponderación de los derechos que están en peligro de acuerdo a los criterios judiciales desarrollados tanto por el legislador, como por la doctrina y la Corte Constitucional. (Jaramillo, 2013)

Al ser esta una medida excepcional, tanto el legislador como la Corte Constitucional, permitieron la suspensión de la patria potestad con el fin de evitar la pérdida total de ella y mantener la institución de la familia.

“La evolución en el estudio de las relaciones paterno filiales, obligó a reconsiderar la gravedad de la pérdida de los derechos paternos, y en beneficio de los hijos, paulatinamente se instauró la privación como medio sancionatorio, cuya característica principal está dada por la posibilidad de recuperarlos, demostrando haber superado y reparado las causas que determinaron la medida judicial”. (Parra, 1988)

Desde el punto de vista teórico y doctrinario, el Estado colombiano ha hecho importantes avances en materia legislativa, incorporando a su ordenamiento jurídico los diferentes instrumentos de protección integral para la niñez, la infancia y la adolescencia, pero se ha quedado corto en la efectividad de sus instituciones jurídicas y sociales, debido a

múltiples factores, entre ellos, la congestión del aparato de justicia, la corrupción estatal, la falta de continuidad en las políticas sociales que beneficien a la familia, la descomposición familiar y social. Problemas que impactan negativamente en los indicadores de resultados.

“La progresiva incorporación del concepto de integralidad propuesta por la CDN y la instalación de un cambio de paradigma en la visión de la infancia, marca la necesidad de modificaciones drásticas en las políticas de infancia y la adolescencia, que pongan en el centro de la escena a los NNA como sujetos de derechos, y transformando en prioridad política y programática la protección de su interés superior”. (Morlachetti, 2013)

Sobre el principio del interés superior, principio rector de todo el ordenamiento jurídico, ha sido la Unicef muy clara en señalar que se necesita un abordaje integral en materia política, social, cultural y económica, que de respuesta al cumplimiento y continuidad de las políticas públicas que garanticen dicha protección, bajo el cambio de un paradigma que los sitúe como verdaderos sujetos de derechos. (Morlachetti, 2013)

En igual posición que la de Morlachetti, académicos, doctrinarios y autores afirman que los diferentes tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos al no ser de obligatorio cumplimiento, se convierten en un simple catálogo de derechos, caracterizados por el momento o la coyuntura política, pero que con el tiempo terminan siendo instrumentos ineficaces cuya aplicabilidad depende en gran parte del operador jurídico, que de no tener voluntad, los efectos jurídicos no tendrán los alcances esperados como es la de brindar una real y efectiva protección que mejore las condiciones de vida de los niños.

Esta real y efectiva protección integral contemplada en los diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo los derechos de los niños y adolescentes debe estar fundamentada en los principios sobre los que se cimenta la Carta Magna como son los de dignidad, equidad, justicia social, prioridad absoluta, el interés

superior del niño, solidaridad y participación. Principios que el juez de familia deberá tener en cuenta para decidir sobre la patria potestad.

“El marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas, permite aproximarnos a la definición de la protección integral a los niños, niñas y adolescentes. Entendida así, la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación”. (Buaiz, 2014)

Justicia social que no es otra cosa que la recta y sana impartición de justicia, teniendo en cuenta el operador judicial estos principios a la hora de decidir sobre las diferentes actuaciones que resulten violatorias de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con el fin de asegurar el goce pleno y efectivo de sus derechos.

“Protección Integral al considerarla como el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos”. (Buaiz, 2014)

Las situaciones especiales a las que se refiere Buaiz (2014), son aquellas que ponen en riesgo o en situación de vulnerabilidad los derechos de los niños, niñas y adolescentes, impidiendo su pleno goce o disfrute por situaciones en las que es necesaria la intervención del operador jurídico para el restablecimiento de sus derechos fundamentales como son el

derecho a la igualdad, a la protección especial, derecho a un nombre y a una nacionalidad, derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuados, derecho a una educación y tratamiento especial, derecho a la comprensión, a la recreación y a una educación gratuita, derecho a ser atendidos en primer lugar, derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.

Sobre este último derecho es importante señalar que cualquier forma de abandono implica una serie de circunstancias que ponen en situación de vulnerabilidad la vida e integridad del niño en conexión con otros derechos fundamentales como es el derecho a los alimentos.

El artículo 24 del Código de Infancia y Adolescencia establece que *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante”*.

El derecho a los alimentos tal y como lo establece este artículo, tiene como finalidad el pleno desarrollo del niño tanto físico como espiritual, moral, cultural y socialmente. Derecho que podría considerarse como integral, ya que abarca todas las esferas del niño, pero este mismo artículo aclara que es de acuerdo a la capacidad económica del solicitante.

Lo anterior con el fin de asegurar los derechos de los niños en condiciones de igualdad, pero también los derechos de los padres, ya que el suministro de alimentos no debe exceder a su capacidad económica. Criterio que deberá ser ponderado y analizado por el juez u operador judicial a la hora de tomar una decisión judicial, respetando en todo caso el debido proceso como garantía de los derechos fundamentales tanto del menor como del procesado.

Recordemos que en aras de defender la seguridad jurídica, las decisiones judiciales pueden ser objeto de revisión mediante acción de tutela cuando exista vulneración de un derecho fundamental como es del debido proceso, la libertad y honra y dignidad humana de la persona.

Razón por la cual, el juez de familia debe atender a los criterios regulados en el ordenamiento jurídico colombiano en plena armonía con la Constitución como norma de normas (artículo 4, Constitución Política). Decisión que de no ser tomada así, podrá ser objeto de revisión vía tutela, así se tratare de los derechos de un menor y el principio del interés superior.

El argumento anterior se suma a otros que se han ventilado en distintos foros de discusión sobre la acción de tutela desde que la Corte Constitucional aceptó, por vez primera, que dicha acción podía proceder contra decisiones de las altas cortes. Para quienes se oponen a esta tesis, resulta inconstitucional, inconveniente y a todas luces incompatible con los principios mínimos de un «orden justo» la procedencia de la acción de tutela contra sentencias. En suma, sostienen que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales vulnera el principio de la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la autonomía funcional del juez, la estructura constitucional del poder judicial y, finalmente, desvirtúa la naturaleza de la acción de tutela. (Botero, 2005)

Por su parte, el Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo 14 consagra la responsabilidad de los padres, la cual debe ser compartida y solidaria, estableciendo las obligaciones que le son inherentes a todo padre o madre necesarias para la crianza de sus hijos durante su proceso de formación, impidiendo todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de sus responsabilidades, o bien, aquellos actos que impidan el ejercicio de sus derechos. (ICBF, 2017)

Por tratarse de derechos fundamentales de jerarquía y superior y de niños, la Corte ha establecido de manera reiterada que la patria potestad o patria parental, tiene como principal objetivo el de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres para con sus hijos, mediante el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

Ejercicio de una serie de derechos y obligaciones que como se mencionó anteriormente, tienen como finalidad garantizar la estabilidad emocional y material a los menores y que en caso de no cumplirse con esta condición, el incumplimiento de estos deberes puede conducir a la suspensión o pérdida de la patria potestad. (Corte Constitucional, Sentencia C-1003 de 2007).

En todo caso, la Corte Suprema de Justicia ha decidido que la pérdida de la patria potestad solo podrá decretarse en condiciones especiales, ya que el incumplimiento injustificado de los deberes del padre o la madre, conducen per se a la privación de la patria potestad, que para efectos de ésta, el abandono debe ser absoluto y que obedezca al propio querer del o los progenitores y no por circunstancias ajenas a su voluntad.

“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”. (Corte Suprema de Justicia, 2006).

Posición que la Corte ha mantenido hasta ahora casi que invariable y como ella misma ha dicho, solo aplica en casos especiales, excepcionales, de lo contrario, el juez tendrá como primera medida que decretar la suspensión de la patria potestad (artículo 310 del Código

Civil), la cual puede ser revertida cuando el padre o la madre cumplan con sus obligaciones parentales y filiales.

PRONUNCIAMIENTOS REALIZADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LOS CRITERIOS QUE LOS OPERADORES JUDICIALES DEBEN APLICAR PARA RESOLVER LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR EL NO SUMINISTRO DE ALIMENTOS

La pérdida de la patria potestad implica la extinción o privación de los derechos de los progenitores sobre el menor, más no la extinción de las obligaciones, en caso de sustraerse de éstas, el legislador ha facultado ampliamente al juez de familia para decretar la pérdida de la patria potestad, la cual puede perderse por abandono del que hace parte el no suministro de alimentos según lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil.

El artículo 23 de la Código de Infancia y Adolescencia establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres de forma permanente y solidaria, asuman su custodia oportunamente necesaria para su desarrollo integral.

Custodia que implica toda una serie de derechos y garantías, que no debe suministrarse o ejercerse de manera interrumpida, sino permanente como dice la ley. Si bien este es un criterio de ponderación para el juez de familia, la Corte establece que solo como última medida, se decretará la pérdida de la patria potestad, una vez se agoten todos los recursos y mecanismos establecidos por ley.

Lo anterior se constituye en un criterio para el juez u operador judicial que debe tener en cuenta, como garantía constitucional y sometimiento al imperio de la ley, cuyas decisiones deben partir desde la Constitución y las normas consagradas en ella, siendo muy clara la Corte Constitucional al señalar que:

“Con esta primera parte se ha fundado lo que se conoce como excepción de inconstitucionalidad o excepción de inaplicabilidad, conforme a la cual cualquiera autoridad al momento de aplicar una norma o desarrollar una actuación puede no

hacerlo si encuentra que ellas son contrarias a la preceptiva constitucional, superior”. (Universidad de Antioquia, 2014)

Cuando el padre o madre se sustraen de la obligación de suministrar alimentos de acuerdo a la perceptiva constitucional y de acuerdo a los derechos del menor, el padre o madre pueden perder la patria potestad, entendida ésta como “*la pérdida total y definitiva de los derechos que los padres (o uno de ellos) que tienen sobre los hijos menores cuando han cometido un error grave en su conducta y obligaciones frente a ellos*”, según lo establecido en el artículo 315 del Código Civil.

Desde este punto de vista es importante señalar que tanto el legislador como la doctrina establecen claramente que se pierden los derechos de los padres sobre el menor, pero no las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles, especialmente las relacionadas con la alimentación y manutención del menor. Pérdida que será decretada mediante sentencia judicial por autoridad competente, atendiendo a los criterios de irrenunciabilidad, intransferibilidad, imprescriptibilidad y temporalidad. (Daza, 2016)

Tal y como lo precisó la Corte Constitucional, declarando la exequibilidad del artículo 119 de la Ley 1098 de 2006 y artículo 315 del Código Civil:

“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”. (Concepto ICBF, 2013)

Lo anterior, con el fin de proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo esta una medida excepcional para la Corte Constitucional, ya que el operador judicial no debe realizar un juicio de valor sobre la responsabilidad del padre, sino de comprobar de manera irrefutable que alguno de los progenitores o ambos, se sustrajeron o desentendieron totalmente de sus obligaciones.

“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”.
(Corte Constitucional, Sentencia C-1003 de 2007)

Se trata entonces de la aplicación del principio del interés superior, el cual no es abstracto, sino de naturaleza real y relacional, ya que solamente se puede aplicar *“prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.* (Corte Constitucional, Sentencia STP11311-2017)

De esta manera y para finalizar, se señala lo expuesto por la Corte Constitucional al sostener de manera reiterada que:

“El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas:

1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir; debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;

- 2) *en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo;*
- 3) *en tercer lugar; se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio;*
- 4) *por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor”.*

En definitiva, tanto la Corte Constitucional como las leyes vigentes han sido muy claras en señalar que la patria potestad es una institución jurídica creada con el fin de brindar a raíz de la relación parterno-filial, la protección integral al menor de edad no emancipado, la cual no deriva del matrimonio, sino del vínculo sanguíneo. Razón por la cual, el juez deberá brindar las garantías al menor con el fin de salvaguardar sus derechos, por encima de los derechos y obligaciones de los padres, que solo en circunstancias excepcionales podrán sustraerse de la obligación de alimentos.

CONCLUSIONES

La patria potestad es una figura jurídica concreta, cuya aplicabilidad está sujeta a la voluntad del juez investido de autoridad por el legislador, que tiene como finalidad principal en todo caso proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes según lo establecido en la Constitución y en virtud del principio del interés superior.

Es así como recae sobre el juez de familia la responsabilidad de velar, garantizar y proteger los derechos del menor sobre los derechos y obligaciones de los progenitores que en casos solamente excepcionales, perderán los derechos sobre sus hijos, más no las obligaciones que le son exigibles, siendo una de estas excepciones el abandono total a causa del no suministro de alimentos (artículo 315 del Código Civil).

Pero antes de decretar la pérdida total de la patria potestad, primeramente el juez deberá suspender la patria potestad de uno o ambos padres (artículo 310 del Código Civil). Lo anterior, en observancia de los criterios establecidos por el legislador, la Constitución y la doctrina, los cuales no puede ignorar el juez de familia en sus decisiones judiciales, ya que incurriría en un error fáctico (error de inaplicabilidad), resarcible por vía de acción de tutela en armonía con el bloque de constitucionalidad, puesto que debe brindarse una especial protección al menor cuando uno o ambos padres se sustraen de la obligación de suministrar alimentos.

Protección que tal y como lo establece la doctrina, es de carácter constitucional y de obligatorio cumplimiento de acuerdo a lo consagrado en los diferentes tratados y convenios internacionales, cuya finalidad es el reconocimiento de estos derechos, siendo necesaria la intervención del legislador para la perfecta articulación y aplicación del amplio catálogo de los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes que garantizan su desarrollo integral y formación, siendo uno de estos derechos, el de alimentos, entendiéndose por alimentos el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y todo aquello considerado como necesario para el desarrollo y formación de éstos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARLETTA, María. Los efectos jurídicos de la separación judicial y divorcio. Universidad de La Rioja. España, 2002. Págs. 17. Disponible en Línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084978.pdf>

BOTERO, Catalina. Tutela Contra Providencias Judiciales. Corporación Dejusticia. Bogotá, 2005. Disponible en Línea: <https://www.dejusticia.org/tutela-contra-providencias-judiciales>

BUAIZ, Yuri Emilio. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Ministerio de Salud. Costa Rica. Págs. 12. Disponible en Línea: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf

CARMONA, Claudia. Patria potestad en Colombia. Derecho de Familia. Universidad Cooperativa de Colombia. Bogotá, 2012. Disponible en Línea: <http://familiaucc.blogspot.com/2012/05/patria-potestad-en-colombia.html>

Código Civil. Artículo 315.

Código Penal y de Procedimiento Penal Colombiano. 2012

Concepto 112 de 2013. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Bogotá, 2013. Disponible en Línea: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000112_2013.htm

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional. Sentencia C-1003 de 2007. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia STP11311-2017. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar.

Corte Constitucional. Sentencia T-070 de 2015. Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. Sentencia T-397 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia T-502 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-818 de 2013. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 25649 Magistrado Ponente: Augusto Ibañez Guzman.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia N° 22411 de mayo 25 de 2006. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

DAZA CORONADO, Sandra. Mujer, familia y sociedad: hacia un nuevo derecho en Colombia. Universidad Católica de Colombia. Bogotá, 2016.

Derecho comparado: Derecho mexicano. Pérdida de la patria potestad por incumplimiento total o parcial de la obligación de dar alimentos (Legislación del Distrito Federal). Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Febrero de 2006, Pág. 1854. Disponible en Línea: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/175/175865.pdf>

HURTADO JARAMILLO, Carlos Alberto. Regulación del cuidado, la asistencia familiar y las obligaciones alimentarias a favor de menores en Colombia. Organización de los Estados Americanos (OEA). Colombia, 2006. Págs. 6. Disponible en Línea: https://www.oas.org/dil/esp/Regulacion_cuidado_asistencia_familiar_obligaciones%20alimentarias_Colombia.pdf

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Larga ausencia y abandono del hijo no son lo mismo, para efectos de patria potestad. Concepto 119 de Septiembre 26 de 2017.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. ¿En qué consiste la patria potestad, causales para su privación? Concepto 112 de agosto 23 de 2013.

JARAMILLO SIERRA, Isabel. Derecho y familia en Colombia: Historias de raza, género y propiedad (1540-1980). Universidad de los Andes. Bogotá, 2013. Págs. 348.

JIMÉNEZ-BARROS, Ricardo. Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o juez. Universidad del Norte y Revista Vniversitas. N° 124 Barranquilla, 2012. Págs. 32. Disponible en Línea: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n124/n124a08.pdf>

Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y Adolescencia. Diario Oficial. Bogotá, 2006

Ley 1542 de 2015. Reforma al Artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

Legalmag. Interpretación jurídica. España, 2012. Disponible en Línea: <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/02/interpretacion-juridica.html>

MORLACHETTI, Alejandro. Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y UNICEF. Chile, 2013. Págs. 98. Disponible en Línea: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4040/1/S2012958_es.pdf

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia y menores. Librería Ediciones del Profesional. España, 2007. Págs. 766.

MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN. Derecho Penal. Parte General. Sexta Edición. Bogotá, 2012.

OCHOA HERNÁNDEZ, Jorge Andrés. Restricciones de la patria potestad en el ejercicio del derecho de protección de datos de los niños en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, 2014. Págs. 102. Disponible en Línea: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13165/1/Restricciones%20de%20la%20patria%20potestad%20en%20el%20ejercicio%20del%20derecho%20de%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20en%20Colombia.pdf>

PARRA BENÍTEZ, Jorge. Manual de derecho civil: personas y familia. Editorial Temis. Colombia, 1998. Págs. 664.

Real Academia Española (RAE). Definición de criterio jurídico. España, 2016. Disponible en Línea: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E152500>

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Editorial Temis. Bogotá, 2000.

SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. Revista de Estudios Histórico Jurídicos. N° 36. Universidad de Vigo. España, 2014. Disponible en Línea: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552014000100005

TORRES MEDINA, Juan Carlos y TRUJILLO TORRES, Jesús David. Fundamentación constitucional de los derechos derivados de la patria potestad. Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, 2016. Págs. 96. Disponible en Línea: http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8465/Fundamentacion_constitucional_derechos_privados.pdf;jsessionid=7EAC334A3C8BAFAB515271B3DF9B2529?squence=1