

Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: Patria potestad y autoridad parental⁴⁰

Critical interpretation of regulatory institutions of the children-parents relationships: custody and parental authority

Interpretação crítica das instituições de regulamentação das relações filio-parentais: tutela e autoridade paterna

L'interprétation critique des institutions de régulation des relations parents-enfants : l'autorité parentale

Luz Estela Tobón Berrío⁴¹

⁴⁰ Este artículo es el resultado de las reflexiones realizadas de la etapa de problematización, en la construcción del proyecto de investigación doctoral titulado "Les droits de l'enfant face aux punitions corporelles dans la famille", financiado por las Universidades del Norte y Paris Ouest Nanterre La Défense.

⁴¹ Abogada, magíster en derecho comparado de la familia. Docente becaria de la Universidad del Norte y estudiante del doctorado en ciencias sociales de la misma Universidad en doble titulación con la Universidad Paris Ouest Nanterre La Défense. Mail: letobon@uninorte.edu.co. Artículo recibido el 10 de noviembre de 2014. Aprobado por el par evaluador el 18 de mayo 2015. Aprobado en Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 02 del 11 de junio de 2015.

Resumen

Este artículo 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.

Palabras clave

Derecho de familia, patria potestad, autoridad parental, derecho crítico, derechos de los niños.

Abstract

This article presents a critic panoramic from the academic and judicial doctrine in charge for interpreting the existing relationship between the regulatory institutions of the children-parents relationships from the Civil Code, as the custody and the parental authority. Evidencing the evolutive process of interpretation of these figures, and concluding with a call for the necessary interpretation tending to protect the children's rights and everyone's right to have a family.

Key words

family law, custody, parental authority, critical law, children's rights.

Resumo

O presente artigo apresenta uma panorâmica crítica desde a doutrina acadêmica e judicial encarregada da interpretação da relação entre as instituições de regulamentação das relações filio-parentais do Código Civil, isto é, a tutela e a autoridade paterna. Adicionalmente, evidencia o processo evolutivo de interpretação destas figuras, concluindo com um apelo à interpretação necessária destinada à salvaguarda dos direitos das crianças e do direito de todos a ter uma família.

Palavras-chave

Direito da família, tutela, autoridade paterna, direito crítico, direitos das crianças.

Résumé

Cet article montre un panorama critique de la doctrine et la jurisprudence qui interprètent la relation des institutions régulant les liens parents-enfants à partir du Code Civil, en mettant en évidence une évolution dans cette interprétation, dans le sens de privilégier la protection des droits des enfants et le droit de nous-tous à avoir une famille.

Mots clés

Droit de la famille, autorité parentale, droit critique, droits des enfants.

Introducción

Ordenamiento desordenado: La producción jurídica reactiva

El reconocimiento jurídico de los derechos y deberes como palabra escrita, plasmada en el texto de la ley, la jurisprudencia, los tratados y otros textos legales, con vocación de conversión a la acción a través de actos o abstenciones, se convierte en uno de los retos históricos que deben asumir los ordenamientos jurídicos derivados del sistema de derecho romano-germánico. Es decir, en Colombia la materialización de los derechos y deberes que cada individuo debe cumplir en la sociedad se encuentra precedida de su reconocimiento a través del lenguaje escrito y he ahí que la problemática de la interpretación de la norma entra a matizar la efectividad de las consagraciones jurídicas. El lente por medio del cual se realice la lectura de un determinado mandato permite entender su extensión, condicionamientos para el ejercicio, posibilidades de interacción en el ordenamiento mismo. Ese lente estaría estructurado bajo una combinación de finas capas que representan intereses diversos, entre ellos los políticos, religiosos, económicos, morales; en pugna o armonía al momento de la interpretación de la norma.

Al respecto, García (1989, 1993) en su Teoría de la Eficacia Simbólica expone dos puntos importantes. En primer lugar señala que el Derecho es un discurso en relación de influencia de doble vía con los focos de poder y en segundo lugar que una de las fortalezas del Derecho es precisamente su carácter general abierto a interpretaciones.

“El carácter equívoco –inherente a toda proposición general- de los textos jurídicos, más que constituir una nota determinante del poder limitado del derecho, es sobre todo el origen de su fuerza y de su capacidad reguladora, al poner en manos de ciertas instancias la posibilidad de jugar con el sentido del discurso (...)” (García, 1989, p. 38)

De esta manera, el derecho regulatorio de las relaciones familiares no escapa al juego interpretativo y de lucha de poderes, más ante un escenario jurídico social dinámico, erigido bajo las tensiones provenientes de la nostalgia del pasado, el deseo de evolución, incluso liberación por parte de algunos sectores históricamente sometidos (como la mujer, los homosexuales y los infantes) y la incertidumbre, el miedo, ante las alarmas de desvío, extralimitación, rompimiento de las leyes naturales, que algunas voces más

conservadoras extienden desde la academia, los escenarios políticos y los estrados judiciales .

Pero, así como el escenario social muta –diferentes formas de crear familia, nuevos actores como los LGTBI, distintos ritos maritales- el marco teleológico para la interpretación también sufre transformaciones, los fines perseguidos hoy por el derecho de familia no son los mismos que hace sesenta años. Fenómenos sociales como la incursión de la mujer en el mercado laboral, el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, conllevan a la persecución de objetivos apuntalados hacia la llamada democracia familiar (Rico de Alonso,1999), donde se reconoce la igualdad hombre – mujer, así como la aportación equitativa de padres e hijos en la construcción familiar.

La dinámica interpretativa se complejiza cuando el ordenamiento nacional responde ante los pulsos de cambios sociales con la expedición de nuevas normas o la producción de jurisprudencias reactivas sobre un fenómeno jurídico determinado, obviando la revisión integrada de la red normativa. Ejemplifica bien esta afirmación la dualidad de sistemas de calificación de los infantes entre el Código Civil y el Código de Infancia y Adolescencia. El primero, de acuerdo con su artículo 34, ordena llamar infante o niño a quienes no han cumplido los siete años de edad, impúber a los hombres y mujeres hasta los 14 años, adulto el ser humano luego de haber alcanzado la pubertad. Por el contrario, el artículo 3 de la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia establece como denominación niños- niñas las personas de 0 a 12 años, adolescentes los individuos entre 12 y 18 años de edad. Aunque el artículo tercero de la Ley de Infancia y Adolescencia establece una cláusula de compatibilidad: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil”.

El doble sistema de denominación de la infancia además de complejizar su identificación y caracterización jurídica, conlleva a que pretensiones de la nueva legislación de infancia sean aminoradas. Por ejemplo, la Ley 1098 de 2006 aspiró dar al traste con la denominación “menor” para hacer referencia a los niños y niñas, la cual había sido consolidada en el anterior Código del Menor, el Decreto 2737 de 1989. Se buscaba proscribir un lenguaje perjudicial a la pretensión del niño como sujeto de derechos, no simple objeto de protección; así lo explica Linares (2007), “Las referencias legales y doctrinales anteriores les llamaban menores, se les definía desde su minoría, y por eso se les clasificaba como inferiores, incapaces, inimputables, o minusválidos, en una negación de

su dignidad humana (...)” (p. 10). Pese a dicha pretensión continúa presente el vocablo menores en el artículo 1504 CC. Inc. 3º, el cual al regular la capacidad se refiere a los menores adultos para designar los adolescentes de 14 a 18 años de edad.

Desde la hermenéutica jurídica esta regulación debe leerse en conjunto con la Ley 1306 de 2009, la cual a pesar de ser posterior al Código de Infancia y Adolescencia reproduce el empleo del término menor; tal como puede evidenciarse en su artículo 54 entre otros de la misma normativa. Solo el artículo 54 emplea en diez ocasiones la denominación “menor adulto” para regular la curaduría del adolescente emancipado. Además, el desconocimiento del cambio de lenguaje jurídico por parte de la Ley 1306 de 2009 es frontal, al establecer en el artículo 53 parágrafo lo siguiente “Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 30 del Código de la infancia y adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto.”

Así, el mantenimiento de la dualidad de la calificación no permite avanzar en la pretensión de dar al traste con este lenguaje que soporta concepciones jurídico- culturales de la infancia como objeto. Ni los operadores jurídicos han logrado alcanzar una consciencia de cambio de lenguaje como herramienta necesaria en la transformación del estatus de la infancia. Un prototipo de esto puede encontrarse en la lectura aleatoria de las sentencias de la Corte Constitucional posteriores a la entrada en vigencia del Código de Infancia y Adolescencia en enero de 2007. Por ejemplo, un fallo de esta corporación escogido al azar a través de un buscador corriente exhibe lo siguiente: “Es evidente la afectación del derecho a la salud (física y/o psíquica) que produce en los **menores** de edad la falta del suministro del tratamiento o medicamento (...)”-T-586 de 2013 (Negrilla fuera del texto original).

En consonancia, la producción del derecho no puede estructurarse en un esquema reactivo, de acomodación coyuntural. La dispersión de normas regulatorias de un mismo fenómeno jurídico desde diferentes ópticas o la interpretación y producción judicial sin línea de continuidad, ni espíritu integrador, conllevan en muchos casos a consecuencias graves para el reconocimiento de los derechos. Así ocurre en el derecho de familia, específicamente lo relativo a la regulación de la relación filoparental.

En lo siguiente se pretende evidenciar como las instituciones tradicionales de la patria potestad, la autoridad parental, así como otra más reciente,

la llamada responsabilidad parental, son una fuente de dudas, contradicciones, entre la doctrina y los operadores que las interpretan, conllevando al desconocimiento de derechos de los infantes y sus familiares, consanguíneos o no.

La patria potestad, y la autoridad parental: ¿Univocidad o multiplicidad?

La institución jurídica de la patria potestad, en el sentido que retoma Jaramillo (2013) de Hauriou, es el conjunto de normas reguladoras de una serie de relaciones, dirigidas a los mismos fines. En lo siguiente se examinará si de acuerdo con la doctrina académica y jurisprudencial la patria potestad y la autoridad parental son instituciones jurídicas autónomas o por el contrario se trata de dos figuras jurídicas pertenecientes a una sola institución y sus consecuencias frente al reconocimiento de derechos en las relaciones familiares.

La patria potestad es destacada en la legislación colombiana como trazos del legado del derecho romano impregnado en el Código Civil. Esta figura en el derecho romano concedía al *paterfamilias* derechos de carácter personal y patrimonial sobre los hijos, incluyendo las facultades de vida o muerte sobre éstos, el derecho de dejarlos expósitos, de entregarlos como reparación por el delito que ellos mismos cometieran, entre otras facultades del padre (Valencia, 1995).

En el derecho colombiano la patria potestad se encuentra regulada por los artículos 288 y siguientes del Código Civil (título XIV del libro primero). Sin embargo, como lo resalta Medina (2011), Andrés Bello el redactor del Código separó la institución en dos, estableciendo bajo título separado la autoridad parental (título XII del libro primero) encargada de resumir las facultades y compromisos jurídicos que en la tradición civilista se entienden como adaptaciones modernas de la patria potestad, entre ellos el respeto y obediencia hacia los padres, el derecho de corrección a los hijos, entre otros. Es decir, en el derecho romano la figura de la patria potestad estaba integrada por derechos de carácter patrimonial y personal sobre los hijos, en el derecho civil colombiano cada uno de estos dos aspectos de las relaciones filioparentales se encuentra consignada en un título aparte del libro primero.

De lo anterior se desprenden varias posibilidades de interpretación de la relación existente entre la patria potestad y la llamada autoridad parental. Tres posibles vías de interpretación pasarán a describirse en lo siguiente así como algunas de sus importantes consecuencias jurídicas.

Primera vía de interpretación: Patria potestad y autoridad parental dos instituciones jurídicas diferenciadas

Un sector de la doctrina académica y judicial encuentra razonable argumentar en pro de la existencia de la patria potestad y la autoridad parental como dupla de instituciones regulatorias de las relaciones filioparentales. Los argumentos que exhiben pueden concretarse en los siguientes:

- **Carácter de las figuras:** La patria potestad y la autoridad parental no comparten un mismo carácter. La primera es una figura regulatoria de las relaciones patrimoniales entre los padres y los hijos. La segunda tiende a la organización de las relaciones personales, las cuales pueden perdurar aun cuando el hijo se haya emancipado, como en el caso del respeto a los padres, su cuidado y auxilio.
- **Ubicación de las figuras en el articulado del Código Civil:** Como se mencionó anteriormente, ambas figuras se encuentran reguladas en títulos separados. Únicamente el título XIV guardó la denominación “De la patria potestad”, el título XII tienen una denominación descriptiva estableciendo con ella que en dicho aparte se regulará los derechos y deberes que se deben entre padres e hijos, “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos”.
- **El sujeto activo en el ejercicio de la figura:** La denominación autoridad paterna fue acuñada por la doctrina (Jaramillo, 1991). Aunque una denominación poco acertada por su referencia directa al padre, pues como lo resalta Medina “Bello incluyó expresamente a las madres y forzó al padre a compartir decisiones en la dirección del hogar, sin dejar de mantener la patria potestad solo para el padre legítimo a la usanza de la época.” (2011, p. 540).

En los tiempos actuales, gracias al reconocimiento de la igualdad entre los padres y las madres dicha denominación ha evolucionado hacia “autoridad parental”, la cual indica la potencialidad de ejercicio

que tienen ambos progenitores. La jurisprudencia reciente ha acogido esta denominación, así puede leerse incluso en los fallos de la Corte Constitucional que inició refiriéndose a autoridad paterna en la sentencia T-500 de 1993: “Al respecto, esta Sala considera que los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad.” Para llegar a presentar la autoridad parental en la sentencia T- 606 de 2013: “(...) y como quedó expuesto en la visita social, es identificado por la menor como su padre, con quien la unen lazos de afecto, respeto y protección, y reconoce en él la figura paterna que ejerce la autoridad parental en el núcleo familiar.”

Ahora bien, los mismos doctrinantes reconocen el yerro de tal calificación, por ello Monroy (2008, p. 2012) propone cambiar la designación autoridad paterna por “autoridad familiar compartida”. Aunque esta nueva propuesta de denominación supone un gran progreso en términos de género, podría generar nuevas discusiones, porque gracias al avance de la democracia en la familia y del fenómeno de mutación de las estructuras familiares, éste último impulsado por múltiples razones, como el desplazamiento del rol de cuidado de los niños hacia miembros de la familia extendida o terceros y la masificación de la recomposición familiar, harán pensar la posibilidad de una autoridad consultada entre todos los miembros de la célula familiar, por cuanto su apelativo lo indicaría: “familiar compartida”. En otras palabras, esta última denominación da permiso a cuestionar, si la autoridad que antes se tenía como facultad exclusiva de los padres en cuanto a su detención y ejercicio, puede ser hoy compartida por otras personas sean consanguíneos o no, insertos en el cuidado directo de los niños, como sería la familia de crianza, los cónyuges de los padres y madres biológicos (en lenguaje común padrastros y madrastras), etc. Más aún, sí puede y debe esta autoridad al ser compartida de manera familiar ser ejercida en diálogo con la voz de los infantes, los hijos(as).

Este panorama resumido de la transformación de la autoridad parental como designación doctrinaria al título XII del libro primero del Código Civil, evidencia el carácter evolutivo, adaptativo, de las instituciones en discusión.

Segunda vía de interpretación: Visión unitaria de la patria potestad y la autoridad parental

En este segundo enfoque de la dinámica existente entre patria potestad y autoridad parental pueden diferenciarse dos subcorrientes: Una que predica la fusión de ambas figuras bajo una supra institución, otra que considera se trata de dos figuras fusionadas en una sola como dos caras de una sola moneda.

- Subcorriente: La supra institución de la potestad parental; según el entender de los doctrinantes las relaciones filioparentales se encuentran reguladas bajo una sola institución, la potestad parental, encargada de ensamblar los diferentes aspectos patrimoniales y personales de dichas relaciones. Evidenciando que la institución en realidad no es la patria potestad o la llamada doctrinariamente autoridad parental, sino otra, que reúne ambas y tiene como fin único la regulación de las exigencias jurídicas entre padres e hijos.

(...) “Que nuestro Código, siguiendo la tradición y en armonía con el Derecho Civil contemporáneo, agrupa en dos importantes categorías: a) *efectos de orden personal*, esto es los que dependen simplemente de la relación de parentesco y que se hallan constituidos por los derechos y obligaciones que tienen los padres para con la persona de sus hijos y estos para con sus padres, independientemente de la potestad sobre los bienes (*patria potestad*); b) *efectos de orden patrimonial*, que son los que integran la institución de la *patria potestad* (según el viejo lenguaje del Código). Ambas clases de efectos integran lo que debe denominarse *potestad parental*.”
Valencia y Monsalve (1995, p. 436)

En la cita anterior los autores resaltan que esta vía de interpretación deriva de una adaptación del viejo lenguaje del Código Civil a las exigencias del derecho contemporáneo en nuestro país, opinión compartida por otros autores como Naranjo (2006). En efecto, en el derecho civil francés la Ley del 4 de junio de 1970 introduce “l’*autorité parentale*”, figura hoy regulada en el artículo 371-1 del Código Civil de dicho país. De acuerdo con el articulado se trata de un conjunto de derechos y deberes que tiene por finalidad el interés del infante y pertenecen a los padres hasta la emancipación del niño(a). Con dicha norma queda en firme la desaparición de la llamada “*puissance paternelle*” y reunida bajo una figura todos los derechos y deberes hacia los hijos(as). Así, influenciados desde el derecho francés algunos autores acogen a esta visión unitaria, a su vez criticada por otros, por cuanto se aparta de la división

realizada en el derecho colombiano por el redactor del Código Civil, tal como lo expresa Parra: “El señor BELLO distinguió entre cuidado personal y patria potestad y poco nos hemos dado cuenta los colombianos de esa circunstancia, engolosinados como hemos estado siempre con el derecho francés.” (2008, p. 477)

Sin embargo, como ha de notarse, al evolucionar la terminología “*puissance paternelle*” a “*l'autorité parentale*”, el derecho francés prefirió hacer un cambio desde los años setentas y desaparecer la referencia directa entre los derechos-deberes de los progenitores con su antigua atribución solo al progenitor varón para abrirle espacio a la madres. De otro lado, al desaparecer el término “*puissance*” referido a la fuerza (Larousse en línea), y ser remplazado por el término “*autorité*”, que se encuentra mediado por el mandato expreso de conservar como finalidad el interés del infante y la posibilidad del niño de participar en las decisiones de la familia, el artículo 371-1 del Código Civil francés da pasos importantes en pro de la realización de la democracia familiar.

En nuestro derecho fue el decreto 2820 de 1974 el encargado de reconocer la igualdad de derechos a la mujer y el hombre frente a sus hijos, aunque la denominación del Código Civil patria potestad quedó incólume. De ahí, sorprende que la doctrina colombiana dé continuidad a la terminología “potestad” (potestad parental) para la construcción de la institución englobante de las figuras de los títulos XII y XIV del Código Civil colombiano, cuando los mismos autores Valencia y Ortiz reconocen que se trata de un viejo lenguaje referirse a la patria potestad. De ello puede colegirse, su preocupación por la modernización del lenguaje solo tenía presente como problema la contraposición patria/ parental, por cuanto desde 1974 en Colombia los derechos frente a los hijos dejó de ser un asunto exclusivo del padre, sin tomar en la cuenta lo problemático de la referencia a “potestad”, alocución causante de la invisibilización de los derechos de los infantes y su reconocimiento como sujetos de derechos, no como objetos de protección sometidos a los designios absolutos de sus progenitores. Más aún, extraña que autores como Lafont (2007) reiteren el empleo de la terminología potestad parental, al tiempo que reconocen el interés de los niños como parte integrante de los derechos en juego dentro de este concepto: “porque la potestad parental ya no es un derecho, ni un interés de los padres, sino que en ella también hay un derecho y un interés del niño.” (2007, p.461).

La terminología potestad parental es aún más problemática, sumado el hecho que no siempre ha sido empleada con el sentido dado por Valencia y

Ortiz, de supra institución englobante de la patria potestad y la autoridad parental. Por el contrario, algunos autores han asumido que se trata de un sinónimo de autoridad parental, tal como lo es autoridad paterna, así lo expresa León Jaramillo en un intento de diferenciar la potestad paterna de la patria potestad: “A diferencia de lo que algunos autores han llamado potestad paterna, constituida por el conjunto de los derechos y obligaciones que regula el Título XII del libro Primero del C.C., la patria potestad, consagrada en el Título XIV (...)” (1991, p. 153). A su turno la Corte Constitucional le ha dado tratamiento al término potestad parental como sinónimo de patria potestad “(...) esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental (...)” (C-1003 de 2007).

- Subcorriente: Patria potestad y autoridad parental, dos caras de una moneda: Dentro de esta visión unitaria de la patria potestad y la autoridad parental parte de la doctrina podría estar ubicada a pesar de no manifestarse en pro de la construcción de una suprainstitución encargada de englobar, amalgamar, estas dos figuras jurídicas. Se acogen a una visión unitaria sustentada en la necesaria complementación funcional existente entre ambas figuras. Dos instituciones que no pueden separarse en su ejercicio, pues en el momento de la acción se confunden soportándose la una a la otra. Así lo expresa León Jaramillo (1991) “La patria potestad desde las más remotas épocas se ha proyectado como un conjunto de relaciones personales y patrimoniales difíciles de separar (...)” (1991, p. 138). Y critica el autor cuando la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en su Sentencia de noviembre 9 de 1988 con ponencia del Magistrado José Alejandro Bonivento Fernández establece una separación entre las figuras en comentario:

“Pero consumada la separación las cosas cambian, aun cuando es factible que el régimen previsto de ordinario para el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad pueda conservarse sin modificaciones, no ocurre lo propio con el cuidado personal de la prole.”

Así las cosas, la visión unitaria no responde a la defensa pacífica de un proyecto homogéneo, una perspectiva unívoca de las relaciones entre padres e hijos. Por el contrario, no existe acuerdo entre los doctrinantes acerca del *modus operandi* en que patria potestad y autoridad parental se funden en una.

Tercera vía de interpretación: Patria potestad y autoridad parental, dos instituciones en complementariedad

A estas dos corrientes doctrinarias mencionadas se puede sumar una intermedia. El artículo 288 del Código Civil establece que la patria potestad son los derechos reconocidos legalmente a los padres (...) “para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”, es decir, el artículo encargado de la definición de la patria potestad hace referencia expresa al título XXII regulatorio de los derechos y deberes de los padres hacia los hijos. De allí se entiende una conexión funcional necesaria entre las dos figuras, la cual ha servido para que quienes no están de acuerdo con unificarlas como una sola institución puedan encontrar una relación de necesaria complementariedad entre ellas en el plano de la acción. Aquí podríamos ubicar el discurso de Lemos cuando dice, “No obstante que en el derecho moderno el concepto de patria potestad abarca en su ejercicio tanto a la persona como a los bienes de los hijos, el Código Civil nuestro reglamenta en títulos diferentes los efectos personales y patrimoniales” (2006, p. 66).

Al debate es necesario agregar un concepto nuevo, responsabilidad parental, implantado al ordenamiento colombiano por el actual Código de Infancia y Adolescencia, con origen en la Convención sobre los derechos del niño de 1989 cuando en los artículos 5, 18, 27, establecen la necesidad de que los estados partes en la Convención respalden a los padres y madres en su responsabilidad de crianza y desarrollo de sus hijos.

Así, la Ley 1098 de 2006 en su artículo 14 adoptó la siguiente definición de la responsabilidad parental (...) “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.” Allí puede observarse, el nuevo concepto sería contentivo de algunos de los elementos que tradicionalmente han integrado la autoridad parental, descritos en el título XII del Código Civil: cuidado, crianza y educación art. 253, 257, 264 CC., vigilancia y corrección art. 262 CC. Pero la novedad en la norma de la Ley de Infancia es que reconoce de manera directa la conexión entre la patria potestad y estos derechos de carácter personal existentes entre los progenitores y sus hijos, sin establecer una identidad entre ambas: “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil” (art. 14 C.I.A.)

Una interpretación para la garantía de los derechos de los infantes y el derecho a la familia de los adultos

Finalmente, luego de la panorámica de visiones tendientes a alcanzar una comprensión de la relación existente entre las dos figuras patria potestad y autoridad parental, surge la pregunta: ¿Cuáles son los efectos del acogimiento a una u otra visión? Es necesario aclarar que no se está frente a una discusión superflua, inerte o limitada a los textos académicos. Por el contrario, el ubicarse en un lado determinado de este mapa doctrinario produce decisiones judiciales y administrativas específicas de protección o desprotección de los derechos de los niños(as), los padres o incluso terceras personas.

En efecto, siguiendo la visión unitaria de la patria potestad/ autoridad parental, ya sea fusionadas bajo una supra institución o como dos figuras amalgamadas formando una sola, conllevaría a negar la posibilidad de extender facultades propias de la autoridad parental a personas diferentes de los progenitores, pues se entraría a subsumir, que así como la patria potestad es exclusiva de los padres y madres biológicos o por adopción (C-404 de 2013), también serían exclusivos los derechos y deberes de la autoridad parental.

Con ello se mutilaría de derechos la relación entre los padres e hijos de crianza o el derecho de visitas de parientes como los abuelos no sería pensable, tal como lo decidió la Corte Constitucional en la sentencia T-189 de 2003 donde se estableció que “los familiares cercanos del menor, por ejemplo los abuelos, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en relación con los hijos en lo concerniente a la regulación de visitas” y esto a pesar de reconocer el derecho de los niños a tener contacto permanente con su familia. Incluso Lafont niega en su obra el derecho de los abuelos a reclamar ante la justicia visitas a sus nietos, bajo un argumento un tanto paradójico “(...) **carecen** de este derecho los demás parientes del menor, incluyendo los abuelos, quienes, aun corriendo con la carga de suministrar alimentos” (2007, p. 480), pero es indispensable otorgar esas visitas en función del desarrollo integral de los infantes aclara el mismo autor. Es decir, el autor entra a desconocer el derecho a la familia que también tienen los abuelos reconocido en los tratados internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969), aunque finalmente termina cediendo en la necesidad del mantenimiento del vínculo familiar para el infante y por esta vía accediendo a la estipulación de visitas a personas diferentes de los progenitores.

De otro lado, interpretar la patria potestad y la autoridad parental como dos figuras completamente separadas sería negar lo evidente. En el cotidiano las relaciones de orden patrimonial y personal se conjugan en una dinámica de mutuo acompañamiento, sin que ello represente la fusión. De ahí que hoy el Código de la Infancia y la adolescencia resalte esa relación de complementariedad, pero a su vez la Corte Constitucional haya reconocido en sus sentencias T-266 de 2012, C-997 de 2004, que la terminación de la patria potestad no conlleva a la terminación de la autoridad parental, sustentada además en el inciso final del artículo 310 del Código Civil que reza “La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.” Pues al no encontrarse fundidas las dos figuras la terminación de una no engendra la necesaria terminación de la otra, como podría ocurrir en el caso de encontrarnos con una sola institución.

De otro lado, la visión intermedia entre patria potestad y autoridad parental permite comprender la dinámica holística de las relaciones filoparentales, da paso al reconocimiento de las mutaciones actuales de las estructuras familiares en nuestro país (Rico de Alonso, 2007) y a nivel internacional (Freijo, Delgado, Ayala y Oliva 2010), fenómeno estudiado por las diferentes disciplinas de las ciencias sociales como la psicología, la sociología, entre otras, pero de reciente y paulatino reconocimiento en el derecho colombiano, el cual ha sido muy cauteloso en la concesión de efectos jurídicos a estructuras familiares diversas de la nuclear tradicional (progenitores e hijos).

En ese orden de ideas, hoy la Corte Constitucional ha aceptado que el elemento constitutivo de la familia son los lazos de afecto y solidaridad, base de la realización del proyecto de vida de cada miembro del grupo familiar, con ello la Corte despoja el concepto de familia del elemento sexual o marital, admite la posibilidad de formar familias sólo desde las relaciones entre infante y adultos, quienes no necesariamente poseen entre ellos relación de progenie o incluso vínculos de consanguinidad.

“Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia (...)” (C-577 de 2011)

Entonces, bajo la visión intermedia puede comprenderse que los padres son los primeros llamados a ejercer las facultades otorgadas por la patria potestad

y la autoridad parental en virtud de la protección al infante y el derecho de los padres y madres a construir y ejercer su parentalidad. Sin embargo, en caso de encontrarse estos impedidos para ello, pueden terceros entrar a ejercer algunas funciones, precisamente en virtud de la protección al niño y el derecho a la familia que también poseen los consanguíneos con quienes se ha construido lazos de afecto e incluso terceros con quienes se han estructurado relaciones familiares.

Claro está, la visión intermedia permite comprender que la patria potestad y la autoridad parental cuando están siendo ejercidas por los progenitores actúan de manera complementaria, la una de la otra, pero si el ejercicio pasa a estar radicado en cabeza de terceros por la falta física o jurídica de los padres biológicos la patria potestad desaparece, a menos que los infantes sean adoptados y por mandato de la ley se crea el parentesco civil, el infante pasa a ser hijo de los adoptantes (art. 50 CC.) y los adoptivos adquieren con ello el derecho- deber de la patria potestad (C-404 de 2013). En los demás casos donde los padres mueren real o presuntivamente el infante queda emancipado, aunque las facultades derivadas de la autoridad parental podrán ser ejercidas por otras personas, “Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. No así la patria potestad, reservada a los padres.” (T-500 de 1993). Sería precisamente éste el caso del niño integrado a una familia de crianza, así lo expresa la Corte:

(...) la evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitucional Política y la ley.” (T-606 de 2013)

Conclusiones

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, tal como lo explica Jaramillo (2008):

“La inequidad puede también mantenerse o reproducirse cuando se enfatiza la construcción “correcta” de conceptos por encima de los intereses en juego. Si bien una posición “antiformalista” no garantiza que se trascenderá la inequidad, la actitud formalista oscurece el debate en torno a los intereses que se privilegian al “congelar los significados en uno u otro sentido. Este velo con el que se recubre la cuestión hace que sea difícil para los perjudicados imaginarse que las cosas podrían ser de otra manera y por lo tanto el efecto es de desmovilizar, a veces apaciguamiento, y legitimación.” (p. 59)

Puede observarse que la autora 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 lo expresado por García (1989, 1993) 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 o sometido a abandono, 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, aunado a la 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. Así lo exhibe Del Carmen (2009) cuando relata el debate en la academia argentina a finales del siglo XIX, cuando apenas se proyectaba la protección de derechos de los hijos extramatrimoniales. La discusión se encontraba atravesada por los intereses de orden moral, así como patrimoniales, de hecho estos tenían gran peso y terminaban disfrazados en viejas diatribas 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. ■

Referencias

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.

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.

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.
- 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.
- 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.
- 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.

- 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*. Recuperado de <http://www.unicef.org.co/Ley/Presentacion/ABC.pdf>
- 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.
- Naranjo, F. (2006). *Derecho civil persona y familia*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez RLTA.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Parra, J. (2008). *Derecho de familia*. Bogotá: Temis.
- Presidencia de Colombia. (1989). Decreto 2737. Código del Menor (derogado).
- Presidencia de Colombia. (1974). Decreto 2820. Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.
- Rico de Alonso, A. (1999, octubre). Formas, cambios y tendencias en la organización familiar en Colombia. *Nómadas*, (11), pp. 110- 117.
- Suárez, R. (1999). *Derecho de familia. Tomo II. Filiación. Régimen de incapaces*. Bogotá: Editorial Temis.
- Valderrama, J. (2013). Concepto 112. *Instituto de Bienestar Familiar- ICBF*. Radicado 10400/1759025739.
- Valencia, H. (1995). *Derecho privado romano*. Medellín: Señal editora.
- Valencia, A. & Ortiz Monsalve, A. (1995). *Derecho Civil. Tomo V. Derecho de familia* Bogotá: Temis.