

De: elias alberto perez meza <perezmezaeias@notmail.com>
Enviado: viernes, 17 de marzo de 2023 10:44 a. m.
Para: Sala 03 Civil Familia De Barranquilla <scf03bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria Sala Civil Familia - Seccional Barranquilla <seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: Sustentación de Recurso

Honorables
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA DESPACHO 003
Scf03bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co
Seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

Radicación Interna. 2023-00031F
Código Único de Radicación: 08-001-31-10-006-2020-00025-01
PROCESO: PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD
DEMANDANTE: MAYRA ALEJANDRA MUÑOZ MARTINEZ
DEMANDADO: CRISTIAN OSVALDO RACEDO PEREZ
NNA. ISABELLA RACEDO MUÑOZ
Enlace 2023-00031F

ELIAS ALBERTO PEREZ MEZA, abogado de condiciones civiles conocidas en el proceso referido, me dirijo a usted, para efectos de ***sustentar mi recurso de apelación*** lo siguientes argumentos en defensa de los intereses de la menor ISABELLA RACEDO MUÑOZ.-

Razones de Inconformidad.-

La Corte Constitucional en sentencia C-997 de 2004, al pronunciarse sobre asuntos relacionados con la privación y terminación de la patria potestad, fijó como criterio de interpretación, que frente a actuaciones tendientes a restringir derechos, la valoración judicial debe ser siempre de alcance subjetivo, y, tratándose de asuntos que involucran menores, tomando además en consideración el principio constitucional del interés superior del menor, quedando habilitado el juez, en cada caso concreto, para pronunciarse única y exclusivamente a la luz de los hechos y situaciones que son materia de controversia, como garantía del derecho al debido proceso y de los derechos fundamentales de los niños y niñas.-

Huelga enfatizar aquí que, como lo precisara la Corte Constitucional en la susodicha sentencia C-145 de 2010, la patria potestad no es una institución que pretende premiar o castigar, en caso de suspensión o pérdida a los padres, sino que se trata de una prerrogativa creada en favor de los hijos menores de edad para facilitar a los primeros la observancia apropiada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, descansando en la figura de la autoridad paterna y materna, y constituyendo el mecanismo condigno para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del niño o niña, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

LA CAUSAL DE ABANDONO.-

La privación de la patria potestad como forma judicial de emancipación (art. 312, CC) procede, entre otros eventos, cuando el padre o la madre abandona al hijo (num. 2, art. 315, ib.); al respecto conviene memorar que jurisprudencialmente se tiene dicho desde antaño que la no satisfacción oportuna y adecuada de las obligaciones alimentarias para con los hijos es una forma de abandono (CSJ. Sala de Casación Civil, sentencia S-006 del 23 de enero de 1990, MP Lafont Pianetta).

PRECEDENTE JUDICIAL.-

El 25 de mayo de 2006 la sala de casación civil de la corte suprema de justicia estudió un caso sobre privación de la patria potestad por abandono del hijo por cuenta de una acción de tutela en la que un ciudadano reclamaba la protección de sus derechos fundamentales y los de su hija, presuntamente vulnerados, con ocasión de un proceso verbal de privación de la patria potestad. En este fallo, pese a evidenciarse diferentes tipos de abandono filial, se dijo que la mentada causal solamente se configura cuando se logra probar un abandono absoluto y el motivo de éste obedece al propio querer del padre o madre abandonante; desconociendo su precedente más cercano de 1990 sin argumentar por qué se apartaba de tal decisión y, contrario a ello, se limitó a reiterar lo dicho en la sentencia de 1987.

Esta sentencia fue apelada y posteriormente revocada por la Sala de Casación Laboral por considerar improcedente la acción de tutela para cuestionar decisiones judiciales. Eventualmente la Corte Constitucional en la sentencia T-953 de 2006, revisó este caso y descartó el argumento del juez constitucional de segunda instancia sobre la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En tal sentido, estudió de fondo el asunto y concluyó que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono absoluto debía respetarse por ser aquella corporación el “intérprete autorizado”. Por lo tanto, no cuestionó la validez constitucional de la doctrina judicial del abandono absoluto de acuerdo con el tránsito constitucional y legislativo relevante sobre la protección del niño contra todas las formas de abandono, la doctrina de protección integral y la positivización y reconocimiento legal de las diferentes formas de abandono consagradas en el código de la Infancia y Adolescencia.

De ahí la necesidad de contrastar la tesis del abandono absoluto con base en los nuevos paradigmas constitucionales y legales que reconocen la protección del niño contra todas las formas de abandono, la doctrina de protección integral y la positivización de las diferentes formas de abandono en la legislación de infancia y adolescencia. Esto por cuanto en la sentencia del 25 de mayo de 2006 con la cual se mantiene la actual doctrina sobre el abandono absoluto como causal de privación de la patria potestad, se desconoció la carga argumentativa para cambio de precedente, pues en ese momento, se encontraba aun vigente la sentencia del 23 de enero de 1990, la cual reconocía un concepto mucho más amplio del abandono; sin embargo, se omite por completo el deber de mencionarlo y señalar clara y razonadamente, por qué cambian de postura. En tal sentido, se formula la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál es la doctrina judicial vigente sobre la configuración de la causal de abandono para obtener el decreto judicial de privación de la patria potestad?

Como objetivo general se plantea determinar la doctrina jurisprudencial sobre la configuración del abandono como causa legal de privación de la patria potestad y su coherencia con el paradigma de protección integral y el deber constitucional sobre la protección del niño contra todas las formas de abandono. Para la consecución del objetivo general de investigación se propone analizar el contenido y alcance de la patria potestad en el ordenamiento jurídico colombiano y su relación con la doctrina de protección integral. Luego de esto se procederá a identificar la postura de la Corte Suprema de Justicia sobre la configuración del abandono como causal de privación de la patria potestad. Y con base en lo anterior se procederá a contrastar la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono con el paradigma de protección integral y el deber constitucional de protección el niño contra todas las formas de abandono.

LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL..

El artículo 228 del Código Civil define la patria potestad como los derechos concedidos por la ley a favor de los progenitores sobre los hijos no emancipados en aras de facilitarles el cumplimiento de sus deberes parentales.

La normativa sobre la patria potestad fue inicialmente concebida bajo el paradigma del menor en situación irregular o protección tutelar que miraba al niño como objeto de protección por parte del Estado y sujeto pasivo de medidas de protección. Con la vigencia de la Convención de los Derecho del Niño adoptada en Colombia por la Ley 12 del 22 de enero 1991, se abandonó tal concepción de protección tutelar de los niños y, en su lugar, se adoptó la doctrina de la protección integral de los niños.

Esta nueva concepción reconoce al niño como sujeto de derecho y, por lo tanto, se le debe protección integral. En ese sentido, se le deben garantizar al niño todos sus derechos de manera simultánea e integral, pues la dotrina de protección integral no admite el cumplimiento parcial de derechos o el reconocimiento de una sola categoría de derechos en detrimento de otros. Posteriormente, la Constitución Política de 1991, consagró en el artículo 44 los derechos del niño a tener una familia y no ser separado de ella y señaló expresamente que

“serán protegidos contra toda forma de abandono”. Esto en la medida que la familia, la sociedad y el Estado tienen 7 la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, es decir, se busca garantía y efectividad de todos los derechos del niño de forma concurrente y simultánea. (Constitución Política de 1991, Art. 44). Para Quiroz Monsalvo (2013, pp. 18-19) el artículo 44 de la constitución política de 1991 tiene especial importancia porque con esta disposición se tuvo en cuenta la deuda legislativa que para ese entonces se tenía en materia de los derechos de la infancia y adolescencia, partiendo de la base que Colombia desde el año 1948 ha venido incorporando al ordenamiento jurídico interno convenciones y tratados de derechos humanos que de alguna manera tocaban los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De ahí que se integrara una comisión de ponentes para plasmar en la nueva constitución los derechos de esta población, tradicionalmente ausente en las decisiones económicas, políticas y sociales del país. Para este autor, la citada disposición posee las siguientes características: (i) describe al niño como sujeto de especial protección, (ii) enumera una serie de derechos civiles, políticos, sociales económicos y culturales a favor de los niños, (iii) establece pautas para la garantía integral de derechos de los niños y su restablecimiento, (iv) establece la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los adultos. En tal sentido, los niños ya no son objetos de protección Estatal sino que son considerados como auténticos titulares de derechos y a quienes se le deben garantizar de manera integral y simultanea todos sus derechos, a diferencia de la antigua doctrina del niño en situación irregular, según la cual, el Estado solamente interviene para adoptar medidas de protección cuando el niño se encontraba en una situación irregular taxativamente señalada en la ley, ignorando, por contra, todos los demás eventos donde se vulneraban los derechos de los niños pero no encajaban dentro de las hipótesis normativas consideradas como situaciones irregulares. 8 Entendiendo lo anterior, la corte constitucional ha avanzado sobre este criterio de protección integral de los niños y, en efecto, su doctrina constitucional ha sido congruente con estos cambios de paradigma.

Por ejemplo, en la sentencia T-474 de 1996 aquella corporación advirtió que los derechos concedidos a los padres en ejercicio de la patria potestad son tan solo el vehículo para la satisfacción de los deberes y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico a favor del niño. Por lo tanto, los derechos derivados del ejercicio de la patria potestad de los padres son de carácter instrumental, porque solamente puede considerarse legítimo el actuar de un progenitor cuando sirva al logro del bienestar del hijo menor de edad. En igual sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-997 de 12 de octubre de 2004 sostuvo que: “la patria potestad es un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental”. (Corte Constitucional, sentencia C.997 del 12 de octubre de 2004).

En conclusión, la patria potestad actualmente debe entenderse como una figura jurídica de orden instrumental que le facilita a los padres sus deberes legales y morales, los cuales se materializan en el cumplimiento de todos los derechos del hijo no emancipado, porque el actual paradigma de protección integral del niño no admite el cumplimiento parcial de sus derechos, sino que exige de la familia, la sociedad y el Estado, la protección integral para su desarrollo integral y armonioso, entendiéndose ya como un sujeto de derechos y no un mero sujeto pasivo de las medidas de protección del Estado.

LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL ABANDONO FRENTE AL NUEVO PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL NIÑO CONTRA TODAS LAS FORMAS DE ABANDONO.

El abandono es un concepto polisémico y comporta un margen de indeterminación que debe ser dilucidado por el operador judicial en su cada caso concreto por cuanto este fenómeno puede manifestarse de múltiples formas y no debe ser entendido bajo un concepto univoco y excluyente de la realidad social y familiar.

Para Sierra (2006, pp. 36-44) el abandono infantil además de ser una forma de maltrato es una falla intencional de los padres y cuidados que se presenta cuando no satisfacen las necesidades vitales del niño o cuando lo hacen de manera imprudente. Afirma que el abandono no es aquello que se reporta en los medios de comunicación cuando se muestran niños expósitos o en situación de calle, sino que el abandono tiene otro matiz más sutil que viven los niños en el hogar y consiste en todo descuido, desatención y ausencia de derechos humanos en niños. Por ello un niño está abandonado por sus padres o cuidadores cuando no le proporcionan alimentos, vestuario, refugio, cuidados galénicos, educación y supervisión. Por lo anterior, reconoce el abandono físico que presenta cuando no se atienden las necesidades físicas básicas del niño, se le expulsa de la casa o se delega su cuidado en otro menor de edad; el abandono emocional que consiste en la indiferencia a los estados de ánimo y la falta de respuesta a las necesidades afectivas del niño; el abandono 12 educacional que se configura cuando no se le garantiza la escolarización al niño y el abandono médico que tiene ocurrencia cuando se le niega al niño la atención galénica o un tratamiento médico o farmacológico prescrito.

En tal sentido, la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono absoluto resulta restrictiva en cuanto al reconocimiento de las demás tipologías de abandono y solo atiende la problemática cuando los derechos del niño han sido gravemente vulnerados, pues únicamente permite la acción estatal cuando el abandono tiene la connotación de absoluto.

Debe repararse que la doctrina judicial sobre el abandono absoluto fue retomada apoyo en una sentencia proferida en el año 1987 cuando los únicos referente normativos sobre el abandono se encontraban en el artículo 266 del código civil que asimila el término al niño dejado en casa de expósitos y la Ley 83 de 1946 “orgánica del niño” que entendía el abandono como la ausencia total de los padres o personas que por ley le debía alimentos al niño o cuando lo incitaban a la comisión de actos perjudiciales para su salud física o moral; cuando se dedica a la mendicidad o vagancia o frecuente personas o lugares destinados a la vagancia o mal vivir y, cuando ejerce algún oficio que lo ponga en una situación de alta permanencia en calle.

En ese sentido, resulta apenas razonable que en el año 1987 se entendiera el abandono infantil de manera restringida; sin embargo, con la derogatoria de la Ley 83 de 1946 y la vigencia del decreto extraordinario 2737 de 1989 “por el cual se expide el código del menor” se amplió el concepto de abandono introduciendo otras situaciones fácticas en las cuales podía entenderse configurado. Por su parte, la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho patrio reemplazó la doctrina del niño en situación irregular consignada en el código del menor y en su lugar se adoptó una doctrina de la protección integral. En este contexto normativo, el niño es considerado como titular de derechos y sujeto de protección y asistencia integral por 13 parte del Estado. A su turno, la Constitución Política de 1991 consagró el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono, lo cual amplía el margen de protección estatal a cualquier evento de vulneración de derechos que sea constitutiva de abandono.

Este cambio de paradigma impulsó la modificación del código del menor vigente para ese momento, lo cual inició con diferentes iniciativas legislativas desde el año 1994, todas ellas infructuosas. Sin embargo, con el proyecto de Ley 085 de 2005, acumulado con el proyecto de ley 096 del mismo año, que se materializó aquel cometido, puesto que:

“Además del cambio político que demanda la nueva estructura legales imperativo atender los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido con la adhesión a los tratados, convenciones y pactos, documentos de política y de doctrina internacional sobre derechos humanos de la niñez, cuerpo normativo que es de obligatorio acatamiento, que integra el paradigma de la protección integral y que debe ser incorporado en la legislación nacional” (Gaceta del Congreso No. 551 del 23 de agosto de 2005).

Este proyecto de ley acumulado se convirtió en la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006

“por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” y cuyo texto normativo acabó de armonizar la ley ordinaria con las nuevas exigencias de la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Política de 1991 sobre la protección integral del niño.

En el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia promueve la acción del Estado ya no se limita a los eventos taxativamente señalados en la ley como se entendía en vigencia de la doctrina del menor en situación irregular, sino que ahora se deben proteger y restablecer los derechos del niño y en caso de vulneración o amenaza. Así, el artículo 20 de este cuerpo normativo reconoció los denominados derechos de protección y consagró positivamente las diferentes formas de abandono cuando indicó que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono físico, 14 emocional, psicoafectivo de sus padres, reproduciendo materialmente, el contenido del artículo 44 de la Constitución Política de 1991 cuando se refiere a la protección del niño contra todas las formas de abandono.

De este modo puede verse el tránsito constitucional y legal relevante que en materia de infancia y adolescencia se ha producido en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de la adopción del paradigma de protección integral del niño, el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono y el reconocimiento legal de diversas formas de abandono distintas al “abandono absoluto” que hace necesaria la adopción de un criterio actualizado de la doctrina judicial sobre el abandono absoluto como causal de privación de la patria potestad.

Esto por cuanto el abandono no puede ser caracterizado como un concepto univoco y exclusivo, porque existen diferentes formas de abandono que ameritan ser abordas en cada caso concreto. Abogar por una tesis absolutista del abandono constituye un total despropósito sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al paso que ignora las demás formas de abandono posibles, y las consecuencias nocivas que pudiere tener tal conducta omisiva sobre el desarrollo del niño, niña o adolescente. En ese sentido, cuando un progenitor no actúa legítimamente y desconoce sus deberes parentales en relación con sus hijos no emancipados; abandonándolos en cualquiera de las modalidades en que el abandono infantil puede presentarse, el juez debe privarlo de la patria potestad, pues algunos autores sostienen que:

“La patria potestad, [establecida] en interés del hijo, impone a los padres deberes respecto de la persona del hijo. Es necesario que atienda debidamente a la crianza, mantenimiento, dirección y educación del hijo. Si abandona al hijo, lo maltrata gravemente, si su depravación compromete la moral del hijo, el padre se hace indigno de su alta misión; 15 y por el interés moral y físico del hijo, el magistrado debe privarle de la patria potestad, quitar el hijo de su lado y confiarlo a persona que llene respecto del hijo, la misión que el padre no ha sabido llenar” (Claro Solar, 2013, p. 350).

De ahí que el cumplimiento de los derechos de los padres para con sus hijos no emancipados deban cumplirse de manera integral, prevalente y simultánea, porque son ellos quienes deben garantizar el desarrollo integral de la prole. En caso de incumplir este deber, se deben adoptar medidas de restablecimiento inmediato de derechos, tal como lo sostuvo la corte constitucional en sentencia C-145 de 2010 cuando afirmó que la patria potestad no se traduce un actuar desmedido de los padres, en acciones u omisiones que vulneren los derechos fundamentales de los niños y, en caso de ocurrir tal situación, “deben adoptarse las medidas que sean necesarias para el restablecimiento inmediato de sus derechos. Tratándose de la patria potestad, debe entonces procederse a su privación cuando a eso haya lugar”.

CONCLUSION SEÑOR JUEZ.-

En consecuencia, el abandono del hijo no debe ser entendido ni aplicado por los jueces ordinarios con el criterio absolutista que ha adoptado la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia con apoyo de una sentencia de 1987, porque ello equivaldría a desconocer el actual ordenamiento jurídico sobre la protección integral de los niños y el deber del Estado de adoptar medidas de protección contra todas las formas de abandono.

Decisión del A quo

Se puede apreciar que la Juez A quo, en su fallo, aplico el criterio absolutista que ha adoptado la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia con apoyo de una sentencia de 1987, desconociendo abiertamente el actual ordenamiento jurídico sobre la protección integral de los niños y el deber del Estado de adoptar medidas de protección contra todas las formas de abandono. Incurriendo incluso en un defecto orgánico.-

Dadas las razones de la misma Corte, solicitamos muy comedidamente, que se REVOQUE LA SENTENCIA y se acojan todas las pretensiones de la demanda.-

Debe respetarse el precedente actual y el nuevo paradigma de protección integral y el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono.-

Por tal razón.-

DEBE RESPETARSE EL PRECEDENTE JUDICIAL Y LA NUEVA LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL ABANDONO FRENTE AL NUEVO PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL NIÑO CONTRA TODAS LAS FORMAS DE ABANDONO.-

PETICION.-

1.- Revóquese la sentencia proferida por El Juzgado Sexto de Familia de Barranquilla y en su lugar accédase a todas las pretensiones de la demanda.-

Atentamente,

ELIAS ALBERTO PEREZ MEZA
C.C. No. 72.222.150
TP. No. 118.363 del C. S de la J.

Honorables

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA SALA TERCERA DE
DECISIÓN CIVIL – FAMILIA DESPACHO 003**

Scf03bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

Seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

Radicación Interna. 2023-00031F

Código Único de Radicación: 08-001-31-10-006-2020-00025-01

PROCESO: PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD

DEMANDANTE: MAYRA ALEJANDRA MUÑOZ MARTINEZ

DEMANDADO: CRISTIAN OSVALDO RACEDO PEREZ

NNA. ISABELLA RACEDO MUÑOZ

Enlace 2023-00031F

ELIAS ALBERTO PEREZ MEZA, abogado de condiciones civiles conocidas en el proceso referido, me dirijo a usted, para efectos de **sustentar mi recurso de apelación** lo siguientes argumentos en defensa de los intereses de la menor ISABELLA RACEDO MUÑOZ.-

Razones de Inconformidad.-

La Corte Constitucional en sentencia C-997 de 2004, al pronunciarse sobre asuntos relacionados con la privación y terminación de la patria potestad, fijó como criterio de interpretación, que frente a actuaciones tendientes a restringir derechos, la valoración judicial debe ser siempre de alcance subjetivo, y, tratándose de asuntos que involucran menores, tomando además en consideración el principio constitucional del interés superior del menor, quedando habilitado el juez, en cada caso concreto, para pronunciarse única y exclusivamente a la luz de los hechos y situaciones que son materia de controversia, como garantía del derecho al debido proceso y de los derechos fundamentales de los niños y niñas.-

Huelga enfatizar aquí que, como lo precisara la Corte Constitucional en la susodicha sentencia C-145 de 2010, la patria potestad no es una institución que pretende premiar o castigar, en caso de suspensión o pérdida a los padres, sino que se trata de una prerrogativa creada en favor de los hijos menores de edad para facilitar a los primeros la observancia apropiada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, descansando en la figura de la autoridad paterna y materna, y constituyendo el mecanismo condigno para permitir el cumplimiento de las obligaciones de

formación de la personalidad del niño o niña, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

LA CAUSAL DE ABANDONO.-

La privación de la patria potestad como forma judicial de emancipación (art. 312, CC) procede, entre otros eventos, cuando el padre o la madre abandona al hijo (num. 2, art. 315, ib.); al respecto conviene memorar que jurisprudencialmente se tiene dicho desde antaño que la no satisfacción oportuna y adecuada de las obligaciones alimentarias para con los hijos es una forma de abandono (CSJ. Sala de Casación Civil, sentencia S-006 del 23 de enero de 1990, MP Lafont Pianetta).

PRECEDENTE JUDICIAL.-

El 25 de mayo de 2006 la sala de casación civil de la corte suprema de justicia estudió un caso sobre privación de la patria potestad por abandono del hijo por cuenta de una acción de tutela en la que un ciudadano reclamaba la protección de sus derechos fundamentales y los de su hija, presuntamente vulnerados, con ocasión de un proceso verbal de privación de la patria potestad. En este fallo, pese a evidenciarse diferentes tipos de abandono filial, se dijo que la mentada causal solamente se configura cuando se logra probar un abandono absoluto y el motivo de éste obedece al propio querer del padre o madre abandonante; desconociendo su precedente más cercano de 1990 sin argumentar por qué se apartaba de tal decisión y, contrario a ello, se limitó a reiterar lo dicho en la sentencia de 1987.

Esta sentencia fue apelada y posteriormente revocada por la Sala de Casación Laboral por considerar improcedente la acción de tutela para cuestionar decisiones judiciales. Eventualmente la Corte Constitucional en la sentencia T-953 de 2006, revisó este caso y descartó el argumento del juez constitucional de segunda instancia sobre la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En tal sentido, estudió de fondo el asunto y concluyó que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono absoluto debía respetarse por ser aquella corporación el “interprete autorizado”. Por lo tanto, no cuestionó la validez constitucional de la doctrina judicial del abandono absoluto de acuerdo con el transito constitucional y legislativo relevante sobre la protección del niño contra todas las formas de abandono, la doctrina de protección integral y la positivización y reconocimiento legal de las diferentes formas de abandono consagradas en el código de la Infancia y Adolescencia.

De ahí la necesidad de contrastar la tesis del abandono absoluto con base en los nuevos paradigmas constitucionales y legales que reconocen la protección del niño contra todas las formas de abandono, la doctrina de protección integral y la positivización de las diferentes formas de abandono en la legislación de infancia y adolescencia. Esto por cuanto en la

sentencia del 25 de mayo de 2006 con la cual se mantiene la actual doctrina sobre el abandono absoluto como causal de privación de la patria potestad, se desconoció la carga argumentativa para cambio de precedente, pues en ese momento, se encontraba aun vigente la sentencia del 23 de enero de 1990, la cual reconocía un concepto mucho más amplio del abandono; sin embargo, se omite por completo el deber de mencionarlo y señalar clara y razonadamente, por qué cambian de postura. En tal sentido, se formula la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál es la doctrina judicial vigente sobre la configuración de la causal de abandono para obtener el decreto judicial de privación de la patria potestad?

Como objetivo general se plantea determinar la doctrina jurisprudencial sobre la configuración del abandono como causa legal de privación de la patria potestad y su coherencia con el paradigma de protección integral y el deber constitucional sobre la protección del niño contra todas las formas de abandono. Para la consecución del objetivo general de investigación se propone analizar el contenido y alcance de la patria potestad en el ordenamiento jurídico colombiano y su relación con la doctrina de protección integral. Luego de esto se procederá a identificar la postura de la Corte Suprema de Justicia sobre la configuración del abandono como causal de privación de la patria potestad. Y con base en lo anterior se procederá a contrastar la posición de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono con el paradigma de protección integral y el deber constitucional de protección el niño contra todas las formas de abandono.

LA PATRIA POTESTAD EN COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON LA DOCTRINA DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

El artículo 228 del Código Civil define la patria potestad como los derechos concedidos por la ley a favor de los progenitores sobre los hijos no emancipados en aras de facilitarles el cumplimiento de sus deberes parentales.

La normativa sobre la patria potestad fue inicialmente concebida bajo el paradigma del menor en situación irregular o protección tutelar que miraba al niño como objeto de protección por parte del Estado y sujeto pasivo de medidas de protección. Con la vigencia de la Convención de los Derecho del Niño adoptada en Colombia por la Ley 12 del 22 de enero 1991, se abandonó tal concepción de protección tutelar de los niños y, en su lugar, se adoptó la doctrina de la protección integral de los niños.

Esta nueva concepción reconoce al niño como sujeto de derecho y, por lo tanto, se le debe protección integral. En ese sentido, se le deben garantizar al niño todos sus derechos de manera simultánea e integral, pues la doctrina de protección integral no admite el cumplimiento parcial de derechos o el reconocimiento de una sola categoría de derechos en detrimento de otros. Posteriormente, la Constitución Política de 1991, consagró en el

artículo 44 los derechos del niño a tener una familia y no ser separado de ella y señaló expresamente que

“serán protegidos contra toda forma de abandono”. Esto en la medida que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, es decir, se busca garantía y efectividad de todos los derechos del niño de forma concurrente y simultánea. (Constitución Política de 1991, Art. 44). Para Quiroz Monsalvo (2013, pp. 18-19) el artículo 44 de la constitución política de 1991 tiene especial importancia porque con esta disposición se tuvo en cuenta la deuda legislativa que para ese entonces se tenía en materia de los derechos de la infancia y adolescencia, partiendo de la base que Colombia desde el año 1948 ha venido incorporando al ordenamiento jurídico interno convenciones y tratados de derechos humanos que de alguna manera tocaban los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De ahí que se integrara una comisión de ponentes para plasmar en la nueva constitución los derechos de esta población, tradicionalmente ausente en las decisiones económicas, políticas y sociales del país. Para este autor, la citada disposición posee las siguientes características: (i) describe al niño como sujeto de especial protección, (ii) enuncia una serie de derechos civiles, políticos, sociales económicos y culturales a favor de los niños, (iii) establece pautas para la garantía integral de derechos de los niños y su restablecimiento, (iv) establece la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los adultos. En tal sentido, los niños ya no son objetos de protección Estatal sino que son considerados como auténticos titulares de derechos y a quienes se le deben garantizar de manera integral y simultánea todos sus derechos, a diferencia de la antigua doctrina del niño en situación irregular, según la cual, el Estado solamente interviene para adoptar medidas de protección cuando el niño se encontraba en una situación irregular taxativamente señalada en la ley, ignorando, por contera, todos los demás eventos donde se vulneraban los derechos de los niños pero no encajaban dentro de las hipótesis normativas consideradas como situaciones irregulares. 8 Entendiendo lo anterior, la corte constitucional ha avanzado sobre este criterio de protección integral de los niños y, en efecto, su doctrina constitucional ha sido congruente con estos cambios de paradigma.

Por ejemplo, en la sentencia T-474 de 1996 aquella corporación advirtió que los derechos concedidos a los padres en ejercicio de la patria potestad son tan solo el vehículo para la satisfacción de los deberes y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico a favor del niño. Por lo tanto, los derechos derivados del ejercicio de la patria potestad de los padres son de carácter instrumental, porque solamente puede considerarse legítimo el actuar de un progenitor cuando sirva al logro del bienestar del hijo menor de edad. En igual sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-997 de 12 de octubre de 2004 sostuvo que: “la patria potestad es un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle

cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental”. (Corte Constitucional, sentencia C.997 del 12 de octubre de 2004).

En conclusión, la patria potestad actualmente debe entenderse como una figura jurídica de orden instrumental que le facilita a los padres sus deberes legales y morales, los cuales se materializan en el cumplimiento de todos los derechos del hijo no emancipado, porque el actual paradigma de protección integral del niño no admite el cumplimiento parcial de sus derechos, sino que exige de la familia, la sociedad y el Estado, la protección integral para su desarrollo integral y armonioso, entendiéndose ya como un sujeto de derechos y no un mero sujeto pasivo de las medidas de protección del Estado.

LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL ABANDONO FRENTE AL NUEVO PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL NIÑO CONTRA TODAS LAS FORMAS DE ABANDONO.

El abandono es un concepto polisémico y comporta un margen de indeterminación que debe ser dilucidado por el operador judicial en su cada caso concreto por cuanto este fenómeno puede manifestarse de múltiples formas y no debe ser entendido bajo un concepto unívoco y excluyente de la realidad social y familiar.

Para Sierra (2006, pp. 36-44) el abandono infantil además de ser una forma de maltrato es una falla intencional de los padres y cuidadores que se presenta cuando no satisfacen las necesidades vitales del niño o cuando lo hacen de manera imprudente. Afirma que el abandono no es aquello que se reporta en los medios de comunicación cuando se muestran niños expósitos o en situación de calle, sino que el abandono tiene otro matiz más sutil que viven los niños en el hogar y consiste en todo descuido, desatención y ausencia de derechos humanos en niños. Por ello un niño está abandonado por sus padres o cuidadores cuando no le proporcionan alimentos, vestuario, refugio, cuidados galénicos, educación y supervisión. Por lo anterior, reconoce el abandono físico que presenta cuando no se atienden las necesidades físicas básicas del niño, se le expulsa de la casa o se delega su cuidado en otro menor de edad; el abandono emocional que consiste en la indiferencia a los estados de ánimo y la falta de respuesta a las necesidades afectivas del niño; el abandono 12 educacional que se configura cuando no se le garantiza la escolarización al niño y el abandono médico que tiene ocurrencia cuando se le niega al niño la atención galénica o un tratamiento médico o farmacológico prescrito.

En tal sentido, la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono absoluto resulta restrictiva en cuanto al reconocimiento de las demás tipologías de abandono y solo atiende la problemática cuando los derechos del niño han sido gravemente vulnerados, pues únicamente permite la acción estatal cuando el abandono tiene la connotación de absoluto.

Debe repararse que la doctrina judicial sobre el abandono absoluto fue retomada apoyo en una sentencia proferida en el año 1987 cuando los únicos referente normativos sobre el abandono se

encontraban en el artículo 266 del código civil que asimila el término al niño dejado en casa de expósitos y la Ley 83 de 1946 “orgánica del niño” que entendía el abandono como la ausencia total de los padres o personas que por ley le debía alimentos al niño o cuando lo incitaban a la comisión de actos perjudiciales para su salud física o moral; cuando se dedica a la mendicidad o vagancia o frecuente personas o lugares destinados a la vagancia o mal vivir y, cuando ejerce algún oficio que lo ponga en una situación de alta permanencia en calle.

En ese sentido, resulta apenas razonable que en el año 1987 se entendiera el abandono infantil de manera restringida; sin embargo, con la derogatoria de la Ley 83 de 1946 y la vigencia del decreto extraordinario 2737 de 1989 “por el cual se expide el código del menor” se amplió el concepto de abandono introduciendo otras situaciones fácticas en las cuales podía entenderse configurado. Por su parte, la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho patrio reemplazó la doctrina del niño en situación irregular consignada en el código del menor y en su lugar se adoptó una doctrina de la protección integral. En este contexto normativo, el niño es considerado como titular de derechos y sujeto de protección y asistencia integral por parte del Estado. A su turno, la Constitución Política de 1991 consagró el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono, lo cual amplía el margen de protección estatal a cualquier evento de vulneración de derechos que sea constitutiva de abandono.

Este cambio de paradigma impulsó la modificación del código del menor vigente para ese momento, lo cual inició con diferentes iniciativas legislativas desde el año 1994, todas ellas infructuosas. Sin embargo, con el proyecto de Ley 085 de 2005, acumulado con el proyecto de ley 096 del mismo año, que se materializó aquel cometido, puesto que:

“Además del cambio político que demanda la nueva estructura legales imperativo atender los compromisos internacionales que el Estado colombiano ha adquirido con la adhesión a los tratados, convenciones y pactos, documentos de política y de doctrina internacional sobre derechos humanos de la niñez, cuerpo normativo que es de obligatorio acatamiento, que integra el paradigma de la protección integral y que debe ser incorporado en la legislación nacional” (Gaceta del Congreso No. 551 del 23 de agosto de 2005).

Este proyecto de ley acumulado se convirtió en la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006

“por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia” y cuyo texto normativo acabó de armonizar la ley ordinaria con las nuevas exigencias de la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Política de 1991 sobre la protección integral del niño.

En el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia promueve la acción del Estado ya no se limita a los eventos taxativamente señalados en la ley como se entendía en vigencia de la doctrina del menor en situación irregular, sino que ahora se deben proteger y restablecer los derechos del niño y en caso de vulneración o amenaza. Así, el artículo 20 de este cuerpo normativo reconoció los denominados derechos de protección y consagró positivamente las diferentes formas de abandono cuando indicó que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono físico, 14 emocional, psicoafectivo de sus padres, reproduciendo materialmente, el contenido del artículo 44 de la Constitución Política de 1991 cuando se refiere a la protección del niño contra todas las formas de abandono.

De este modo puede verse el tránsito constitucional y legal relevante que en materia de infancia y adolescencia se ha producido en el ordenamiento jurídico colombiano respecto de la adopción del paradigma de protección integral del niño, el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono y el reconocimiento legal de diversas formas de abandono distintas al “abandono absoluto” que hace necesaria la adopción de un criterio actualizado de la doctrina judicial sobre el abandono absoluto como causal de privación de la patria potestad.

Esto por cuanto el abandono no puede ser caracterizado como un concepto unívoco y exclusivo, porque existen diferentes formas de abandono que ameritan ser abordadas en cada caso concreto. Abogar por una tesis absolutista del abandono constituye un total despropósito sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al paso que ignora las demás formas de abandono posibles, y las consecuencias nocivas que pudiere tener tal conducta omisiva sobre el desarrollo del niño, niña o adolescente. En ese sentido, cuando un progenitor no actúa legítimamente y desconoce sus deberes parentales en relación con sus hijos no emancipados; abandonándolos en cualquiera de las modalidades en que el abandono infantil puede presentarse, el juez debe privarlo de la patria potestad, pues algunos autores sostienen que:

“La patria potestad, [establecida] en interés del hijo, impone a los padres deberes respecto de la persona del hijo. Es necesario que atienda debidamente a la crianza, mantenimiento, dirección y educación del hijo. Si abandona al hijo, lo maltrata gravemente, si su depravación compromete la moral del hijo, el padre se hace indigno de su alta misión; 15 y por el interés moral y físico del hijo, el magistrado debe privarle de la patria potestad, quitar el hijo de su lado y confiarlo a persona que llene respecto del hijo, la misión que el padre no ha sabido llenar” (Claro Solar, 2013, p. 350).

De ahí que el cumplimiento de los derechos de los padres para con sus hijos no emancipados deban cumplirse de manera integral, prevalente y simultánea, porque son ellos quienes deben garantizar el desarrollo integral de la prole. En caso de incumplir este deber, se deben adoptar medidas de restablecimiento inmediato de derechos, tal como lo sostuvo la corte constitucional en sentencia C-145 de 2010 cuando afirmó que la patria potestad no se traduce en actuar desmedido de los padres, en acciones u omisiones que vulneren los derechos fundamentales de los niños y, en caso de ocurrir tal situación, “deben adoptarse las medidas que sean necesarias para el restablecimiento inmediato de sus derechos. Tratándose de la patria potestad, debe entonces procederse a su privación cuando a eso haya lugar”.

CONCLUSION SEÑOR JUEZ.-

En consecuencia, el abandono del hijo no debe ser entendido ni aplicado por los jueces ordinarios con el criterio absolutista que ha adoptado la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia con apoyo de una sentencia de 1987, porque ello equivaldría a desconocer el actual ordenamiento jurídico sobre la protección integral de los niños y el deber del Estado de adoptar medidas de protección contra todas las formas de abandono.

Decisión del A quo

Se puede apreciar que la Juez A quo, en su fallo, aplicó el criterio absolutista que ha adoptado la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia con apoyo de una sentencia de 1987,

desconociendo abiertamente el actual ordenamiento jurídico sobre la protección integral de los niños y el deber del Estado de adoptar medidas de protección contra todas las formas de abandono. Incurriendo incluso en un defecto orgánico.-

Dadas las razones de la misma Corte, solicitamos muy comedidamente, que se REVOQUE LA SENTENCIA y se acojan todas las pretensiones de la demanda.-

Debe respetarse el precedente actual y el nuevo paradigma de protección integral y el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono.-

Por tal razón.-

DEBE RESPETARSE EL PRECEDENTE JUDICIAL Y LA NUEVA LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL ABANDONO FRENTE AL NUEVO PARADIGMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DEL NIÑO CONTRA TODAS LAS FORMAS DE ABANDONO.-

PETICION.-

1.- Revóquese la sentencia proferida por El Juzgado Sexto de Familia de Barranquilla y en su lugar accédase a todas las pretensiones de la demanda.-

Atentamente,

ELIAS ALBERTO PEREZ MEZA

C.C. No. 72.222.150

TP. No. 118.363 del C. S de la J.