



El abandono absoluto del hijo como causal de privación de la patria potestad en el ordenamiento jurídico colombiano.

The absolute abandonment of the non-emancipated child as cause of deprivation of parental authority in the Colombian legal order.

Pablo Andrés Chacón Luna – pabloa-chaconl@unilibre.edu.co

Resumen.

En este artículo de revisión se aborda la privación de la patria de potestad a partir de la causal de abandono del hijo no emancipado, que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 25 de mayo de 2006, solo puede configurarse cuando se acredita que dicho abandono es absoluto. Esta decisión fue adoptada con apoyo de una sentencia del año 1987, desconociendo el precedente inmediato contenido en la sentencia proferida el 23 de enero de 1990 mediante la cual se había entendido el abandono del hijo en un concepto más amplio. Por lo tanto, se incumplió el deber de transparencia y argumentación para motivar el cambio de línea y, adicionalmente, se trae un concepto preconstitucional que no se acompasa con el deber de protección del niño contra todas las formas de abandono consagrado en el artículo 44 de la constitución política de 1991, la doctrina de protección integral implícita en la Convención de los Derechos del Niño y las diversas formas de abandono consagradas en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Así, con este

Abstract.

This review article addresses the deprivation of parental authority based on the cause of abandonment of the non-emancipated child, which, in the words of the Civil Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice in a ruling issued on May 25, 2006, can only be configured when it is proven that said abandonment is absolute. This decision was adopted with the support of a ruling from 1987, ignoring the immediate precedent contained in the ruling issued on January 23, 1990, through which the abandonment of the son had been understood in a broader concept. Therefore, the duty of transparency and argumentation to motivate the change of line was breached and, additionally, a pre-constitutional concept is brought that is not consistent with the duty of protection of the child against all forms of abandonment enshrined in article 44 of the political constitution of 1991, the doctrine of comprehensive protection implicit in the Convention on the Rights of the Child and the various forms of abandonment

artículo se pretende demostrar necesidad de adecuar el concepto de abandono infantil como causal de privación de la patria potestad a los nuevos parámetros constitucionales, convencionales y legales.

Palabras Clave: Abandono del hijo - Privación de la patria potestad - Convención de los Derechos del Niño – doctrina de protección integral.

enshrined in article 20 of Law 1098 of 2006 "by which the Code of Childhood and Adolescence". Thus, this article aims to demonstrate the need to adapt the concept of child abandonment as a cause of deprivation of parental authority to the new constitutional, conventional and legal parameters.

Key Words: Abandonment of children - Convention on the Rights of the Child - Deprivation of parental authority – doctrine of comprehensive protection.

Introducción

La patria potestad como está definida en la legislación civil se concibe como “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (Ley 75 de 1968, Art. 19). Este conjunto de derechos se limita a la representación legal, administración y usufructo de los bienes del hijo de familia.

La patria potestad puede ser suspendida o privada en los casos expresamente señalados en la ley; sin embargo, para efectos de este artículo de revisión se realizará una exploración del abandono del hijo como causa legal de privación de la patria potestad.

Existen diferentes formas de abandono que afectan el normal y adecuado desarrollo de los niños, debiendo el Estado, adoptar medidas para proteger a los menores de edad contra todas formas de abandono y así asegurar el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los padres.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 22 de mayo de 1987, resaltó que la causal de abandono solo puede configurarse cuando se acredita que dicho abandono es absoluto, desconociendo el concepto mismo de abandono y sus diversas manifestaciones.

El 23 de enero de 1990, se estudió un caso similar en el que se le había privado al padre del ejercicio de la patria potestad de sus hijos, con ocasión de un proceso de separación de cuerpos. En esta oportunidad, se dijo que la falta de satisfacción adecuada y oportuna de las obligaciones alimentarias del padre, al punto de ser compelido por la justicia ordinaria mediante un proceso de inasistencia alimentaria, constituía una forma de abandono

filial, reconociendo, en tal sentido, el abandono material del hijo, en contraposición a lo dicho en la sentencia de 1987 sobre el abandono absoluto.

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 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.

Metodología

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos se utilizó un enfoque cualitativo en la medida que se recolectaron fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legales sin medición numérica, teniendo en cuenta que “en este enfoque los datos acumulados son sometidos a un tratamiento lógico, de juicio y análisis mediante el empleo de la visión que proporciona el modelo teórico optado o construido”. (Hernández, Ortega Chacón, Ortega Gómero y Franco, 2015).

Se trata de una investigación descriptiva, pues su objetivo principal consiste en la identificación de la postura jurisprudencial sobre la configuración del abandono y a partir de ello, contrastarla con los nuevos paradigmas constitucionales y legales. En los estudios descriptivos suelen “implicar algún tipo de comparación o contraste, y puede intentar descubrir relaciones causa-efecto presentes entre variables no manipuladas, pero reales”. (Rosado, 2010).

Las fuentes son secundarias porque se tratan de textos y documentos previamente elaborados, tales como leyes, sentencias, Gacetas del Congreso y libros de doctrina especializada en derecho de infancia y adolescencia; por lo tanto, se emplea la técnica de análisis del contenido de textos jurídicos relacionados con los derechos objeto de estudio.

Resultados

1. 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.

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.

2. La configuración del abandono del hijo no emancipado como causal de privación de la patria potestad según la jurisprudencia de la sala de casación civil de la corte suprema de justicia.

El abandono del hijo se encuentra consagrado como una de las causales de privación de la patria potestad, por expresa remisión normativa del artículo 310 del Código Civil en el que se señala que las causales de emancipación judicial previstas en el artículo 315 ibidem son las mismas para el decreto de privación de la patria potestad.

El 22 de mayo de 1987, la Corte Suprema de Justicia estudió el recurso de apelación presentado por el agente del Ministerio Público, en el que se reclamó de la justicia, el pronunciamiento de la privación de la patria potestad que debía hacerse del padre, respecto del hijo, en un proceso de separación de cuerpos. En dicha oportunidad, se indicó que “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”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 22 de mayo de 1987).

El 23 de enero de 1990, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia vuelve a estudiar el recurso de apelación de un caso similar. En esta oportunidad, se dijo que “el padre de familia [que] no satisface oportuna y adecuadamente las obligaciones

alimentarias para con sus hijos hasta el punto de ser compelido a ello por decisión judicial, incurre en una forma de abandono filial” por lo cual encontró probado el abandono de los hijos y confirmó la sentencia que lo privó de la patria potestad. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de enero de 1990).

El 25 de mayo de 2006, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia actuando como juez constitucional conoció de la acción de tutela presentada contra la sentencia de segunda instancia proferida en un juicio de privación de la patria potestad en el cual se evidenciaron diferentes tipologías de abandono. En esa oportunidad, se dijo que “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”. Entonces, “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”. Por lo anterior, se concedió el amparo constitucional, por considerar que no se demostró en el proceso ordinario el referido “abandono absoluto”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 25 de mayo de 2006).

Esta decisión fue impugnada y la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó la anterior decisión, por considerar improcedente el resguardo contra providencias judiciales. Expuso que las providencias judiciales están amparadas son proferidas por los funcionarios judiciales con fundamento en la autonomía y la independencia judicial y tal sentido los jueces de tutela no pueden convertirse en una instancia adicional que revise las decisiones de los jueces naturales.

La Corte Constitucional en la sentencia T-953 de 2006 revisó este proceso, descartando el argumento del juez constitucional de segunda instancia sobre la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Posteriormente abordó el tema acogiendo la interpretación realizada por la sala de casación civil como “intérprete autorizado” por cuanto “las normas de derecho civil deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con lo que su intérprete autorizado disponga”. Es decir, no validó constitucionalmente la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia, sino que se limitó a respetarla y acogerla como intérprete autorizado. (Corte Constitucional, Sentencia T-953 del 17 de noviembre de 2006).

Este es el criterio que se ha mantenido vigente y que los jueces y magistrados han aplicado los procesos verbales de privación de la patria potestad en los que se invoca en el abandono del hijo, puesto que se trata de la doctrina probable del intérprete autorizado. No obstante, los jueces y magistrados pueden apartarse de la doctrina probable cuando se demuestre que la misma deviene errónea, según lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 169 de 1896 y la sentencia C-836 de 2001.

3. 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 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

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, 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;

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”.

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.

Discusión

El abandono infantil se presenta cuando se desatienden las necesidades básicas del niño y por tal virtud algunos autores reconocen diferentes formas de abandono, entre ellas, el abandono educacional, el abandono emocional, el abandono físico, el abandono material, el abandono médico y el abandono moral.

La legislación civil ha establecido como causal de privación de la patria potestad el abandono del hijo; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que esta causal solamente puede configurarse cuando se comprueba que tal abandono es absoluto, circunstancia no prevista por el legislador. Esta postura fue adoptada en una sentencia de tutela proferida el 25 de mayo de 2006 en la cual se amparó el derecho fundamental al debido proceso de un ciudadano que había perdido el ejercicio de la patria potestad sobre su hija. En esta oportunidad a pesar de advertirse diferentes tipologías de abandono se dijo que la privación de la patria potestad solo podía decretarse cuando el abandono era absoluto según la doctrina sentada en la sentencia proferida el 22 de mayo de 1987.

La Corte Suprema de Justicia al utilizar una postura del año 1987 para sustentar su tesis sobre el abandono absoluto, adoptó un criterio preconstitucional inaplicable por cuanto el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada mediante Ley 12 de 1991 y el artículo 20 del Código de Infancia y Adolescencia, consagran reglas totalmente opuestas a tal postura, como el nuevo paradigma de protección integral, el deber protección del niño contra todas las formas de abandono y el reconocimiento legal de diferentes formas de abandono infantil.

Dicho de otro modo, la postura del abandono absoluto desconoce el nuevo paradigma de protección integral que propende por el cumplimiento simultáneo de todos los derechos del niño y a su vez desconoce el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono, porque aplicando la posición jurisprudencial vigente, “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”. Y en tal sentido, la acción del Estado solo sería viable cuando el progenitor abandonante deja a su hijo no emancipado en una situación de indigencia, dejando sin efecto jurídico alguno, las demás formas de abandono infantil. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 25 de mayo de 2006).

Por lo anterior, refulge la necesidad de abordar la causal de privación de la patria potestad consistente en el abandono del hijo, desde el paradigma de protección integral y el deber constitucional de protección del niño contra todas las formas de abandono. Y con base en ello, formular una interpretación ajustada a la normatividad vigente y en ese sentido justificar el apartamiento de los jueces ordinarios de la doctrina probable sobre el abandono

absoluto, con fundamento en el artículo 4 de la ley 169 de 1896 y la sentencia C-836 de 2001 por tratarse de una postura errónea en la medida que no tuvo en cuenta el tránsito constitucional y legal relevante.

Conclusiones

En la actualidad se entiende que la privación de la patria potestad por abandono del hijo requiere que el progenitor abandonante haya desatendido de manera absoluta sus obligaciones. De lo contrario, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia considera que no se configura el abandono del hijo.

Esta posición surge a partir de una sentencia de tutela proferida el 25 de mayo de 2006 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se indica que el incumplimiento de los deberes parentales, por más grave que sea, no configuran por sí mismo el abandono del hijo, pues para que ello ocurra, debe acreditarse el abandono absoluto según lo dicho por la misma corporación en sentencia del 22 de mayo de 1987.

No obstante, la Sala de Casación Civil de aquella corporación olvidó tener en cuenta la sentencia proferida el 23 de enero de 1990, en la que se expuso un avance significativo sobre la materia, pues para ese momento, se encontraba vigente el código del menor que entendía el abandono en un concepto un poco más amplio que la sentencia del 22 de mayo de 1987³. La sentencia proferida el 23 de enero de 1990, había reconocido el abandono alimentario de un padre para con sus hijos, sin que fuere necesario, esperarse que el progenitor, dejara absolutamente desprotegida a la prole, casi que, en una situación de indigencia o desprotección insostenible, como pareciera pregonarse con la tesis del abandono absoluto.

En tal sentido, la sentencia proferida el 25 de mayo de 2006, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que acoge la posición del abandono absoluto, con apoyo de la sentencia del 22 de mayo de 1987, no solo desconoció en silencio su precedente más cercano, esto es, la sentencia del 23 de enero de 1990, sino que además, cambió su criterio jurisprudencial sin justificación alguna, pues no expuso de manera clara y razonada por qué no debía acogerse la interpretación más reciente sino la más antigua del año 1987. De esta manera, la Corte Suprema de Justicia, desconoció su carga argumentativa de transparencia, pues omitió mencionar su precedente inmediato para cambiar de posición sin ningún tipo de justificación.

³ Decreto Extraordinario 2737 del 27 de noviembre de 1989 “por el cual se expide el Código del Menor”. Art. 31, num. 2. Entendía en abandono no solamente cuando faltaren de manera absoluta los padres o responsables del niño sino también cuando existiesen, pero “incumplen sus obligaciones o deberes correspondientes”.

En todo caso, este criterio o posición sobre el abandono absoluto debe repensarse por cuenta del tránsito constitucional y legislativo relevante que ameritaría el apartamiento de esta tesis del abandono absoluto, por parte de los jueces ordinarios que conocen sobre los juicios verbales de privación de la patria potestad.

Si bien es cierto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia por ser un tribunal encargado de unificar jurisprudencia tiene un carácter vinculante para los jueces funcionalmente inferiores, no es menos cierto que en ciertos eventos la corte constitucional ha autorizado a los jueces a apartarse de la jurisprudencia vertical siempre y cuando se reúnan una serie de requisitos.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-836 del 9 de agosto 2001 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil sostuvo que los jueces pueden apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia siempre que ésta sea errónea y la decisión del juez que se aparta sea clara y razonadamente fundamentada. En este fallo, la corte constitucional señala que puede juzgarse como errónea una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando la doctrina sentada por el órgano de cierre ya no responde a un cambio social posterior; cuando es contraria a los valores, principios y objetivos fundamentales del ordenamiento jurídico y cuando se presenta un tránsito constitucional o legal relevante.

Para el caso de la privación de la patria potestad por el abandono del hijo debe tenerse en cuenta el tránsito constitucional y legal sobre la doctrina de la protección integral del niño, su protección contra toda forma de abandono y el reconocimiento legal de las diferentes tipologías de abandono, pues con base en estos conceptos, se hace necesario reconsiderar el concepto de abandono absoluto.

Esto porque cuando la Corte Suprema de Justicia adoptó la postura del abandono absoluto, lo hizo desatendiendo los avances normativos sobre los derechos del niño, la doctrina de la protección integral y el deber constitucional de protección contra toda forma de abandono plasmado en la constitución política de 1991.

Como se ha insistido con la Convención de los Derechos del Niño se abandonó la doctrina del niño en situación irregular para adoptar el nuevo paradigma de la protección integral del niño. Adicionalmente, se expidió la Constitución Política de 1991 en la cual se consagró la misma doctrina de protección integral y se dispuso de manera expresa que los niños serían protegidos contra “todas las formas de abandono”. (Constitución Política de Colombia, Art. 44).

Y con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia se completó el acogimiento de la doctrina de protección integral. Esto quiere decir que ya no se establecieron taxativamente un listado de situaciones irregulares donde el Estado podía intervenir, sino que, bajo la concepción de este nuevo código, los niños son titulares de

derechos y en caso de ser amenazados o vulnerados, las autoridades administrativas deben adelantar las respectivas acciones legales conforme el procedimiento allí señalado.

En este nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia se estableció el deber de protección de los niños contra toda forma de abandono físico, emocional y psicoafectivo, reconociendo ya de una forma aún más amplia el abandono, lo cual resulta concordante con el querer del constituyente de 1991 cuando consignó en la carta el deber de protección del niño contra “todas las formas de abandono” sin restringirlo a un concepto único y excluyente de abandono absoluto como lo hace la Corte Suprema de Justicia.

Entonces, la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia sobre la configuración del abandono como causa de la privación del ejercicio de la patria potestad deviene errónea por no tener en cuenta el tránsito legislativo y constitucional relevante, lo cual habilitaría a los jueces ordinarios que conocen de estos asuntos, a apartarse de la referida doctrina con base en los criterios singados por la corte constitucional en la sentencia C-836 de 2001.

Lo propio ocurre con la revisión realizada en la sentencia T-953 del 17 de noviembre de 2006 mediante la cual se hizo, por parte de la Corte Constitucional, la revisión de la acción de tutela estudiada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 25 de mayo de 2006, puesto que esta resolución judicial solo tiene efectos inter-partes y, por lo tanto, su motivación solamente es criterio auxiliar.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996 sostuvo:

“(…) que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución”. (Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996).

En el caso de la sentencia T-953 de 2006, la corte constitucional no fijó el alcance y contenido de ningún derecho fundamental, luego su motivación de ninguna manera resultaría vinculante. Y aun en gracia de discusión si alguien llegase a argumentar lo contrario, la solución sería la misma; los jueces no estarían obligados a seguir una doctrina que no se ajustan a las nuevas realidades constitucionales pues “si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que los lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad” (Corte Constitucional. Sentencia. T-123 del 21 de marzo de 1995).

En definitiva, los jueces de familia y los magistrados de los distritos judiciales que conocen sobre los procesos verbales de privación de la patria potestad tienen una herramienta altamente valiosa de interpretación sistemática del derecho de la infancia y la adolescencia, especialmente, del tránsito legislativo relevante sobre el entendimiento del abandono y la doctrina de protección integral del niño que exige la garantía y protección total de todos de los niños niñas y adolescentes, lo cual permite apartarse de manera clara y razonada de la actual doctrina sobre el abandono absoluto, en la medida que no se ajusta al ordenamiento jurídico actual y, desconoce el tránsito legislativo relevante tal como se expuso en el presente artículo de revisión.

Referencias Bibliográficas

Claro Solar, L. (2013). Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Editorial Jurídica de Chile.

Quiroz Monsalvo, A. (2013). Manual de Derecho de infancia y adolescencia aspectos sustanciales y procesales (3ª ed.) Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Rosado, M. (2010). Metodología de la investigación y evaluación (1ª ed.) Editorial Trillas. Sierra, S. J. (2006). Tipos de abandono infantil en el sector de Buenavista en Bogotá. Disponible en http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/1222/1/Tipos_abandono_infantil_%20sector_Sierra_2006.pdf

Jurisprudenciales.

Corte Constitucional Sala de Revisión No 3. (21 de marzo de 1995) Sentencia. T-123. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional Sala Plena. (5 de febrero de 1996) Sentencia C-037. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional Sala Plena. (9 de agosto de 2001) Sentencia C-836. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala de Revisión No. 4. (17 de noviembre de 2006) Sentencia T-953. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional, Sala de Revisión No. 8. (25 de septiembre de 1996) Sentencia T-474 [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, Sala Plena (3 de marzo de 2010) sentencia C-145. [MP Gabriel Eduardo Mendoza].

Corte Constitucional, Sala Plena. (12 de septiembre de 2004) Sentencia C-997. [MP Jaime Córdoba Triviño].

Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil (23 de enero de 1990) Sentencia [MP Pedro Lafont Pianetta].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de mayo de 1987) Sentencia [MP Héctor Marín Naranjo].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (25 de mayo de 2006) Sentencia [MP Pedro Octavio Munar Cadena].

Normativas.

Asamblea Nacional Constituyente (4 de julio de 1991). Constitución Política de la República de Colombia. GC: 116.

Cámara de Representantes (23 de Agosto de 2005). Proyectos de Ley Estatutaria 085 de 2005. Gaceta del Congreso No. 551.

Congreso de la República de Colombia (223 de enero de 1991). Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. [Ley 12 de 1991]. DO: 39.640.

Congreso de la República de Colombia (24 de febrero de 1947). Orgánica de la defensa del niño. [Ley 83 de 1946]. DO: 26.363.

Congreso de la República de Colombia (6 de noviembre de 2006). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446.

El Congreso de los Estados Unidos de Colombia (26 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. [Ley 84 De 1873]. DO: 2.867.

Presidente de la República de Colombia (27 de noviembre de 1989). Código del Menor (Derogado). [Decreto 2737 de 1989]. DO: 39.080.