

Sentencia C-262/16

Referencia: Expediente D-11030

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 310 (parcial) del Código Civil

Demandantes: Julio César Cruz Villamizar y Carlos Saúl Guerra Niño

Magistrado Ponente:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Julio César Cruz Villamizar y Carlos Saúl Guerra Niño presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 310 (parcial) del Código Civil.

Mediante auto de 6 de octubre de 2015 la demanda fue inadmitida. Presentado oportunamente el escrito de corrección y aplicando el principio *pro actione*, la demanda fue admitida el veintinueve (29) de octubre del mismo año.

El Magistrado Sustanciador dispuso adicionalmente: i) fijar en lista el asunto y simultáneamente correr traslado al Procurador General de la Nación, para que rindiera el concepto de rigor; ii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Presidente de la Cámara de Representantes, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Educación, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y a la Defensoría del Pueblo; iii) invitar a intervenir en el proceso a las facultades de derecho de las universidades Nacional de

Colombia, Santo Tomás de Bogotá, de Antioquia, Externado de Colombia, Libre, Pontificia Universidad Javeriana, del Rosario, de los Andes, de la Sabana, Sergio Arboleda, del Norte, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a Unicef Colombia, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, y al Centro de Derecho-Justicia y Sociedad –DeJusticia-.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de los dos preceptos, subrayando los apartes demandados:

CÓDIGO CIVIL

ARTICULO 310. <SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD>. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 772 de 1975> La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

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

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

III. LA DEMANDA

Los accionantes señalan que las disposiciones demandadas vulneran los artículos 42, 43 y 44 constitucionales con respecto a la familia, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y los derechos fundamentales de los niños. Solicitan que la palabra cónyuges, contenida en los incisos 1o y 2o del artículo 310 del Código Civil, sea declarada inconstitucional o, en su defecto, que esta sea reemplazada por la palabra padres.

A juicio de los actores las expresiones demandadas confunden los conceptos de cónyuges y padres, en tanto la primera hace referencia exclusivamente a quienes están unidos en matrimonio, sin tener en cuenta que los padres de un menor de edad pueden o no estar unidos entre sí mediante dicho vínculo.

En su concepto, para la patria potestad lo relevante es el vínculo que existe entre padres e hijos, generando una relación jurídica de autoridad respecto de los hijos desde la concepción hasta su emancipación, que no se deriva del matrimonio.

Adicionalmente, exponen que la figura de la patria potestad es una institución protectora de los menores de edad, quienes tienen derecho a tener padres y madres mediante la filiación natural o civil. Por lo tanto -concluyen- que al

referirse las disposiciones demandadas solamente a los cónyuges- se configura una extralimitación contraria a lo ordenado en la Constitución y en los tratados internacionales.

Agregan que las expresiones demandadas contravienen también los artículos 62 y 288 del Código Civil, el Decreto 2028 de 1974, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006, normas que, por el contrario, al referirse a la patria potestad se refieren textualmente a los padres y no a los cónyuges.

Citan las sentencias T- 202 de 1993, T-500 de 1993, T-143 de 1994, T-416 de 1994, T-041 de 1996, C-742 de 1998, T-1413 de 2000, C-997 de 2004, T-746 de 2005, C-1003 de 2007, C-884 de 2011, C-404 de 2013, para señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido de manera constante y reiterada que la patria potestad la ejercen los padres sobre los hijos no emancipados, con independencia del vínculo que pueda existir entre los cónyuges.

IV. INTERVENCIONES

Entidades públicas:

1. Ministerio de Justicia y del Derecho

Pide a la Corte que se inhiba y en subsidio que declare exequible el texto demandado.

Considera que procede una declaratoria de inhibición, por cuanto se trata de un error de redacción sin contenido jurídico y que, si la norma demandada pudo tenerlo, ya quedó superado por la jurisprudencia y la doctrina. Indica que los argumentos esbozados por los actores carecen de suficiencia.

Además señala que el actor demanda la inexecutable de la norma y solicita la modificación de los términos de la misma, sin haber tenido en cuenta que una lectura sistémica del ordenamiento jurídico colombiano, de la jurisprudencia, de la doctrina nacional e internacional y del bloque de constitucionalidad, dan cuenta de que ahí donde la norma pone cónyuges debe entenderse padres.

En segundo lugar, indica que en caso de que la Corte decida pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de los apartes demandados del artículo 310 del Código Civil, considera que las expresiones atacadas no vulnera los derechos constitucionales entre los miembros de la pareja y su derecho a decidir libremente el número de hijos; el derecho de la igualdad entre el hombre y la mujer, ni los derechos fundamentales de los niños consagrados que establecen la obligación de asistir y proteger al niño.

2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Pide al Tribunal declarar la exequibilidad condicionada, en el entendido de que las normas demandadas se aplican a los padres de los menores, con independencia de si son cónyuges o no.

Indica que las disposiciones acusadas establecen un trato desigual entre los hijos nacidos en el matrimonio y los de una pareja unida por vínculos naturales, o incluso los hijos de padres solteros. Lo anterior porque, al establecer que exclusivamente a los cónyuges se les podrá suspender o dar por terminada la patria potestad, está desconociendo el interés superior del hijo menor de edad cuyo padre o madre incurra en alguna de las causales de suspensión o terminación de la patria potestad, no pudiendo este último solicitarla, asumiendo las consecuencias que de esta situación se derivan.

Instituciones académicas:

3. Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Solicita a la Corte que declare inexecutable las expresiones demandadas. Luego de efectuar un detallado estudio sobre la evolución histórica de la patria potestad y de explicar por qué su desarrollo a ha desligado de la institución matrimonial, concluye que las disposiciones demandadas vulneran la finalidad pretendida con la patria potestad, en tanto, al regular la suspensión o privación de esta, solo prevé la designación de guardador si esta está en cabeza de los “cónyuges”, dejando por fuera filiaciones distintas de la paternal. Indica que tanto la ley como la jurisprudencia han sido claras en señalar que la patria potestad es exclusiva de los padres, sin importar el vínculo de filiación.

Estima que el actual artículo 310 del Código Civil resulta contrario a los principios constitucionales tales como el establecimiento de un orden justo, el derecho a la igualdad de los niños, la salvaguarda de su interés general.

Solicita que se dicte sentencia sustitutiva, en donde se reemplace la palabra “cónyuges” por la de padres.

4. Universidad Libre

Solicita a la Corte declarar la exequibilidad condicionada, en el entendido de que las normas demandadas se aplican a los padres de los menores, con independencia de si son cónyuges o no.

Para la universidad interviniente es claro que el concepto de patria potestad está ligado a la relación entre padre y madre o su hijo menor o declarado incapaz absoluto, razón por la cual resulta evidente que cuando la norma demandada analiza la materia de la suspensión de la patria potestad y utiliza la expresión cónyuges está limitando la interpretación en el ejercicio de la patria potestad y su suspensión exclusivamente al ámbito del vínculo matrimonial.

Considera que lo anterior es inconstitucional, ya que excluye modelos de familia protegidos por la jurisprudencia constitucional y por la Carta misma,

ya que la patria potestad es un vínculo jurídico que no depende de la existencia del matrimonio.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Ministerio Público considera que la Corte debe declarar inconstitucionales las disposiciones demandadas para en su lugar sustituirlas por la palabra “padres”

Considera que es evidente que del sentido natural y jurídico actual de la expresión patria potestad se desprende que ésta atañe a las condiciones de padres, madres e hijos. A lo que puede agregarse que si se efectúa una visión sistemática de la institución estudiada, se obtiene la misma conclusión, ya que que las otras normas del Código Civil que tratan de la patria potestad también hacen referencia a los padres y no a los consortes

Aclara que como el juicio de constitucionalidad se efectúa o debe efectuarse confrontando la norma propiamente dicha con el texto de la Constitución, se tiene que si el artículo 310 del Código Civil demandado se entendiera y se aplicara textualmente, esto es, en su sentido estrictamente literal, efectivamente se podría llegar al absurdo de que cuando los dos padres son suspendidos simultáneamente de la patria potestad y no se encuentren casados entre sí, entonces no se daría aplicación al artículo 315 del Código Civil (la emancipación judicial), ni se daría guardador al hijo no habilitado de edad, lo cual indudablemente implicaría una flagrante vulneración a la igualdad de los hijos establecida en el artículo 42 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual, "los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

En este sentido, considera importante resaltar que la patria potestad tiene las mismas características, facultades y potestades, y que debe ser ejercida responsablemente respecto de todos los hijos, sin excepción. Así mismo, que todos los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho en igualdad de condiciones a ser beneficiarios de una medida que les garantice que esta protección parental sea ejercida en debida forma, sin importar la relación jurídica o fáctica que exista entre sus padres.

La vista fiscal concluye que le asiste razón a los accionantes cuando afirman que la expresión constitucional idónea dentro del artículo es padres y no cónyuges. Aunque, al mismo tiempo, considera inaceptable que esta segunda expresión sea simplemente declarada inconstitucional dejando un vacío normativo dentro de un artículo cuya interpretación natural, como ya se explicó, da lugar a entender que se trata de los padres y no de los cónyuges.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

2. Aptitud de la demanda.

2.1 Toda vez el interviniente Ministerio de Justicia y del Derecho solicita a la Corte que se inhiba en el estudio de constitucionalidad de las disposiciones demandadas, la Sala abordará preliminarmente la problemática relacionada con la existencia o no de un cargo suficiente para dar inicio a la cuestión constitucional.

En síntesis, el Ministerio señala que los actores interpretaron de forma parcial, incompleta y aislada los apartes demandados del Código Civil, echando de menos una lectura sistemática e integral de los mismos, en relación con la integralidad misma del artículo 310, el resto del Código y la jurisprudencia. Indican que incumplen con el requisito de suficiencia en la demanda. Toda vez no se cuestionan otras exigencias, la Sala limitará su análisis a la falta o no de suficiencia alegada.

2.2 Cabe recordar que la jurisprudencia de esta Corte ha definido que la suficiencia en una demanda pública de inconstitucionalidad “ *guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional*”¹.

3.1 Revisadas en conjunto la demanda y la corrección de la misma, la Sala observa que en contra de lo que aduce el interviniente sí se cumple con la carga que el Ministerio echa de menos, en relación con los cargos formulados respecto de los artículos 42 (familia) y 44 (interés superior del menor). No así en cuanto a las acusaciones formuladas por la presunta infracción del artículo 43 Constitucional.

¹ Sentencia C-1052 de 2001.

3.1.3 Observa la Corte que respecto de los artículos 42 y 44 los actores asumieron su carga argumentativa y probatoria mínima, ya que señalaron de qué manera el uso del léxico cónyuges en el artículo 310 del Código Civil podría dar lugar a la inconstitucionalidad del mismo. Contrario a lo que aduce el Ministerio, los demandantes explican por qué esa sola expresión, sin que se haga necesaria la integración de más disposiciones en la demanda, tiene un contenido normativo autónomo, susceptible por sí mismo de tener consecuencias jurídicas. Su alegación se encuentra soportada en la definición de la patria potestad y la evolución histórica de la misma, desde los puntos de vista constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal; en cómo dicho instituto siempre ha estado ligado a la asignación de derechos y deberes al interior de la familia y cuál es su razón de ser en la relación entre padres e hijos. Por lo anterior, la Sala considera que el cargo es apto.

3.1.2 Pese a lo anterior, en ningún pasaje de la demanda o de su corrección encuentra la Sala un argumento encaminado a demostrar por qué el empleo del término cónyuge por parte del artículo 310 del Código Civil, vulnera el mandato de igualdad entre hombre y mujer contenido en el 43 Superior. En ese sentido sí le asiste razón al Ministerio de Justicia y el Derecho, ya que en cuanto a la presunta violación de esa norma constitucional, los demandantes se limitan a citarla, sin asumir de manera alguna la carga que les corresponde de indicar cómo se contraría el citado mandato de igualdad. Por ende, la Corte se inhibirá respecto de esta acusación.

3. Problema jurídico.

Una vez analizada la suficiencia de los cargos, la Sala Plena de la Corte Constitucional debe determinar si la expresión cónyuges contenida en los incisos 1o y 2o del artículo 310 del Código Civil, resulta contraria a los mandatos contenidos en los artículos 42 y 44 constitucionales.

Para solucionar el problema jurídico así planteado, el Tribunal reiterará su jurisprudencia acerca del (i) derecho a tener una familia y (ii) el interés superior del menor. También explicará que (iii) la patria potestad es una manifestación de los artículos 42 y 44 de la Constitución. Por último (iv) estudiará la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

4. El derecho a tener una familia

El artículo 5° de la Constitución ampara a la familia como “*institución básica de la sociedad*”. Esto se encuentra reforzado en el artículo 42, que señala que es el “*núcleo fundamental de la sociedad*”. De manera complementaria, el artículo 44 de la Carta consagra el derecho fundamental de los niños “*a tener una familia y no ser separados de ella*”. Estas normas guardan armonía con los estándares fijados por el derecho internacional y los instrumentos que reconocen el derecho a la familia y su importancia como piedra angular para el desarrollo social y el bienestar de los menores.²

² Señala la sentencia C- 683 de 2015: “*La Declaración Universal de los Derechos Humanos cataloga a la familia como el “elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la*

La importancia del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, ha explicado la jurisprudencia constitucional, radica en que su garantía es “condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta”³. De manera que, siendo obligación del Estado asegurar el derecho de los niños, en particular de aquellos que se encuentran en situación de abandono, “impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales”⁴.

En pronunciamientos recientes, las sentencias C-071 y C-683 de 2015, la Corte indicó algunos los criterios a tener en cuenta para resolver conflictos asociados con el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, en particular para establecer vínculos de filiación. Dijo entonces la Corporación:

“ - Derecho a tener una familia. Todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo el concepto de familia no está referido solamente a la comunidad natural o biológica, sino que se puede extender para incorporar a personas no vinculadas por consanguinidad”⁵.

- Reconocimiento del vínculo familiar. Si bien la familia biológica está plenamente amparada por la Carta Política, ello no significa que la familia de hecho o de crianza no sea también objeto de protección y reconocimiento constitucional⁶. En esa medida, el derecho de un menor a tener una familia no significa que esta necesariamente deba ser la consanguínea o biológica, sino que también tienen cabida otras

sociedad y del Estado” . La Declaración de los Derechos del Niño (1959) afirma que el menor debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, en cualquier caso en un entorno de afecto y seguridad moral y material. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) sostiene que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) estipula que la familia se erige como base para el desarrollo de los hijos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) consagra el derecho a la protección familiar. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda (1986), indica que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil, y que “el bienestar del niño depende del bienestar de la familia”. La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ve en la familia el “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, □que□ debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, además de exigir el deber de los Estados de velar por la protección de los menores cuando vean afectado su medio familiar.”

³ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En relación con este derecho pueden consultarse las Sentencias T-523 de 1992, T-531 de 1992, T-429 de 1992, T-500 de 1993, T-178 de 1993, T-274 de 1994, T-447 de 1994, T-290 de 1995, T-383 de 1996, C-477 de 1999, T-510 de 2003, T-078 de 2004, T-165 de 2004, T-497 de 2005, T-137 de 2006, T-599 de 2006, T-900 de 2006, T-566 de 2007, T-515 de 2008, T-705 de 2009, T-887 de 2009, T-572 de 2010, C-840 de 2010, T-1042 de 2010, T-488 de 2011, C-577 de 2011, T-580A de 2011, T-012 de 2012, T-663 de 2012, T-723 de 2012, T-768 de 2013, T-772 de 2013 y C-239 de 2014, entre muchas otras.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

⁵ Sentencia T-049 de 1999. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁶ Sentencia T-587 de 1998. Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

estructuras familiares (familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, entre otras.)⁷.

- Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono. Lo normal es que el niño nazca y crezca en el seno de una familia (biológica o consanguínea) y lo excepcional que se encuentre en situación de abandono. En ocasiones la familia “natural” o biológica no es el medio adecuado para el desarrollo integral del menor; así ocurre, por ejemplo, en caso de agresión o de abandono. En tales eventos el Estado tiene la obligación de “establecer instituciones encargadas de suplir, hasta donde ello resulte posible, las carencias que padece el menor que se ve obligado a separarse de su familia natural”⁸, donde la adopción se proyecta como la más importante medida de protección para suplir tales carencias.

- Necesidad de proteger los lazos familiares consolidados. El Estado tiene el deber de procurar al menor la protección de los vínculos de familiaridad previamente consolidados, porque cuando se impide o dificulta la conformación de un núcleo familiar se puede originar una situación de desarraigo que puede afectar el derecho del menor a tener una familia y, por esa vía, otros derechos fundamentales⁹. Ello supone, como es obvio, que ha de tratarse de una estructura de familia constitucionalmente reconocida. De modo que cuando un niño ha sido separado de su familia biológica y ha permanecido bajo el cuidado de un hogar distinto al punto de haber forjado vínculos de afecto con su nuevo entorno, “entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza”¹⁰.

- Prevalencia relativa de los vínculos de consanguinidad. Significa que existe una presunción a favor de la permanencia del niño en su familia biológica por cuanto, en principio, se encuentra mejor situada para brindar el cuidado y afecto que necesita. Ello no obedece a una suerte de “privilegio” de la familia natural sobre otras estructuras de familia, porque todas merecen la misma protección constitucional, sino al reconocimiento de un hecho derivado del nacimiento: los vínculos de consanguinidad¹¹.

- Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares ya establecidos. Separar a un menor del entorno en el cual se ha adaptado solo se justifica cuando existan poderosas razones que comprometan su integridad o desarrollo armónico e integral. En consecuencia, para determinar si un menor debe permanecer con su familia biológica o con otro grupo familiar es importante “determinar los efectos que puede

⁷ Sentencia T-217 de 1994.Cfr., Sentencia C-577 de 2011.

⁸ Sentencia T-587 de 1998.

⁹ Sentencia T-278 de 1994.

¹⁰ Sentencia T-292 de 2004.

¹¹ Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan”¹².

- Protección de vínculos con cuidadores en situación especial. Cuando un menor se halla bajo el cuidado de una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, desventaja o que atraviesa dificultades que podrían afectar el vínculo familiar (discapacidad, pobreza, etc.), el Estado debe actuar con especial diligencia para velar por la protección del menor, sin desconocer los derechos del cuidador, procurando al máximo mantener las relaciones de familiaridad.

- Cuando un menor ha perdido sus lazos naturales de filiación la adopción se proyecta como la medida de protección por excelencia, dirigida a restablecerle su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, y por esa vía potenciar la realización de sus demás derechos fundamentales.

- En cuanto a la estructura de familia que puede el Estado brindar a los niños, niñas y adolescentes para hacer efectivos esos derechos fundamentales, es el Legislador el primer llamado a fijar las condiciones y requisitos para definir cuáles estructuras familiares están en condiciones de adoptar, con el fin de restablecer al menor, en la medida en que ello sea posible, los lazos de filiación que perdió o que nunca se forjaron, y brindar un hogar en el que se garantice su desarrollo armónico e integral.”

5. El interés superior del menor.

En los menores de edad está el futuro de toda sociedad. Por ello y teniendo en cuenta a las condiciones de vulnerabilidad en las que a menudo se encuentran los menores, han hecho que jurídicamente se valore como sujetos de especial protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado¹³.

El artículo 44 de la Constitución señala algunos derechos fundamentales de los niños, hace extensivos todos los otros derechos plasmados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y consagra en forma expresa que “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”¹⁴. Esta norma es el fundamento

¹² Sentencia T-510 de 2003. Cfr., Sentencia T-519 de 1999.

¹³ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-149 de 2009 y C-468 de 2009. En la Sentencia C-149 de 2009 la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma que exige formación especializada para ejercer el cargo de Defensor de Familia (numeral 3º del artículo 80 del Código de la Infancia y la Adolescencia). Por su parte, en la Sentencia C-468 de 2009 la Corte declaró inexecutable la expresión “de doce (12) años”, contenida en el artículo 127 del Código Penal, que tipificaba el delito de abandono de un menor solamente hasta esa edad, ya que la condición de menor se extiende a toda persona que no ha cumplido 18 años. Ver también la Sentencias SU-225 de 1998, T-939 de 2001 y C-507 de 2004, entre otras.

¹⁴ “ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán

constitucional de lo que se conoce como el “*interés superior del menor*”, aun cuando su reconocimiento normativo también emana de instrumentos de derecho internacional, algunos vinculantes para Colombia por la vía del bloque de constitucionalidad¹⁵.

El “*interés superior del menor*” implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral¹⁶. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, “*únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular*”; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza *real y relacional*, es decir, que “*sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad*”¹⁷.

protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

¹⁵ El primer instrumento que reconoció los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra (1924), adoptada por la Sociedad de Naciones Unidas. Posteriormente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) plasmó en el artículo 25-2 los derechos de la infancia.

No obstante, fue en la Declaración de los Derechos del Niño (1959) donde se estipuló en forma expresa que al promulgarse las leyes para hacer efectivos los derechos de los menores la principal consideración sería “el interés superior del niño”.

En el marco de los tratados internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), aprobado internamente por la Ley 74 de 1968, incluyó una disposición dedicada expresamente a los derechos de los niños, a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. El Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), incorporado mediante la Ley 74 de 1968, también contempló una cláusula especial de protección a niños y adolescentes. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), aprobada mediante la Ley 16 de 1972, reconoció que los niños tienen derechos de protección especial.

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), incorporada en el derecho interno a través de la Ley 12 de 1991, amplió el principio de “interés superior del menor” a todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas y el órgano legislativo, y lo recogió en diversos artículos del mismo estatuto.

La Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), reconoce una triple dimensión del “interés superior del niño”:

(i) Es un derecho sustantivo. Significa que debe tenerse en cuenta para tomar decisiones que involucren a los niños, con lo cual el artículo 3, párrafo 1, de la Convención “establece una obligación intrínseca para los Estados, es aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”.

(ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental. De manera que si una disposición admite más de una interpretación, “se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.

(iii) Es una norma de procedimiento. Implica que cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o a un grupo de niños, “el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o en los niños interesados”.

¹⁶ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014, entre muchas otras.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003. En sentido similar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-397 de 2004, T-572 de 2010, T-078 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014.

Mediante la sentencia C-683 de 2015, reiterando lo señalado en la providencia C-071 de ese mismo año, esta Corte sintetizó las dos clases de parámetros para identificar cuándo puede verse involucrado el interés superior del menor. Es con fundamento en ellos que se debe orientar el análisis y resolución de casos puntuales. Se trata de (i) las condiciones jurídicas y (ii) las condiciones fácticas. Dijo al respecto la providencia en comento:

“(i) En cuanto a las condiciones jurídicas que caracterizan el interés superior del menor, se refieren a aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio pro infans). Algunas de estas son las siguientes¹⁸:

- Garantía del desarrollo integral del menor. El artículo 44 de la Constitución asigna a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. El desarrollo es armónico cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas¹⁹.

- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.

- Protección ante riesgos prohibidos. Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores “frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”²⁰, lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

¹⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-510 de 2003 y T-292 de 2004, entre otras.

¹⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-507 de 2004 y C-468 de 2009.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

- *Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”²¹, sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.*

- *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, “se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”²².*

- *Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por ejemplo, de las condiciones económicas en las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros.*

(ii) *En cuanto a las condiciones fácticas, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares “la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión”²³.*

Por ejemplo, esta corporación ha advertido que “en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado”. En esa medida, ante una reposada valoración de las condiciones fácticas, “resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente (...)”, sobre todo si se tiene en cuenta que “la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-804 de 2009. La Corte declaró exequible el requisito de idoneidad física como condición para adoptar, previsto en el artículo 68 del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”²⁴.

El principio del interés superior del menor se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral.

6. La patria potestad como manifestación de los artículos 42 y 44 de la Constitución.

6.1 La Corte ha señalado que la patria potestad es uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor de edad²⁵. Esta institución -ha dicho la Corporación- encuentra fundamento en el inciso 8° del artículo 42 de la Carta, el cual le impone a los padres el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad o incluso durante su formación profesional.

De manera concordante, la institución de la patria potestad está relacionada con el artículo 44 de la Constitución, que consagra la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndole tal responsabilidad, en su orden, a la familia, a la sociedad y al Estado, quienes participan de forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos.

Esta obligación se concreta en los siguientes postulados básicos: “ (i) se le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral; (ii) se establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud; (iii) se reconoce que los niños son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia; y (iv) se ordena proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”²⁶

6.2 La institución de la patria potestad se encontraba originalmente regulada en el artículo 288 del Código Civil, así: “*La patria potestad es el conjunto de*

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994. La Corte amparó los derechos fundamentales de un menor porque en un proceso de custodia el Juzgado de Familia no tuvo en cuenta los elementos probatorios acopiados, dejándolo en una situación indeseada y creando el riesgo de causarle secuelas psicológicas irreversibles.

²⁵ T-531 de 1992, T-041 de 1996 y C-997 de 2004, entre otras

²⁶ Sentencia C-145 de 2010

derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados". (subraya fuera del texto). Es decir, que esta figura solo operaba entre el padre (más no la madre) respecto de sus hijos legítimos (concebidos en el matrimonio), no emancipados. Sin embargo, con posterioridad a la adopción de la norma y en vigencia de la Constitución Política de 1886, con el transcurso del tiempo, esta disposición fue modificada.

Así, el artículo 53 de la ley 153 de 1887, determinó que *"muerto el padre legítimo ejercerá estos derechos la madre legítima mientras guarde buena conducta y no pase a otras nupcias."*

El artículo 13 de la ley 45 de 1936, amplió el contenido de esta institución al establecer:

"La patria potestad es el conjunto de los derechos que la ley les reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de sus deberes que su calidad les impone.

"Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos, el padre, y a falta de éste, por cualquiera causa legal, la madre mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias".

El artículo 14 de esa misma ley le atribuía la patria potestad del hijo natural a la madre, pero facultaba al juez, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente para los intereses del hijo, de conferirla al padre, siempre que este no estuviera casado, o poner bajo guarda al hijo. Señalaba la norma en comentario:

"A falta de madre, por matrimonio u otra causa legal, tendrá la patria potestad el padre natural no casado, sin perjuicio de que el juez confiera la guarda del hijo a otra persona, a petición de parte y en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior.

"La guarda pone fin a la patria potestad en los casos de este artículo".

Posteriormente el artículo 19 de la ley 75 de 1968, reiteró el contenido del artículo 13 de la ley 45, y en el artículo 20, reprodujo el artículo 14 de dicha ley, pero agregando que: *"El matrimonio de quien ejerce la patria potestad sobre el hijo natural es compatible con esta, pero el juez en tal caso, puede proceder en la forma prevista en el inciso 2o del artículo precedente"*, esto es, designándole guardador al hijo.

El Decreto-Ley 2820 de 1974, terminó con la discriminación entre hombres y mujeres para el ejercicio de la patria potestad, al preceptuar en el artículo 24: *"El inciso 2o del artículo 288 del Código Civil, quedará así: Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro"*.

Pero es el Decreto 772 de 1975, el que al determinar quiénes podrán representar a un menor, modificando el artículo 62 del Código Civil, el que acabó con la atribución de la patria potestad al padre legítimo y a falta de éste a la madre, para asignársela a los padres conjuntamente, sin distinguir la naturaleza de la filiación, es decir, si es extramatrimonial o matrimonial, y si falta uno de ellos, la ejerce el otro. Señala la norma en comentario:

“ARTICULO 62. <REPRESENTANTES DE INCAPACES>. Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

"1. Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años.

Si falta uno de los padres, la representación legal será ejercida por el otro".

6.3 Es en el marco constitucional conformado por los artículos 42 y 44 de la Carta que debe interpretarse la definición legal establecida en el actual artículo 288 del Código Civil, modificado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968, que establece que *“la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”*.

En el mismo sentido el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) adicionó la responsabilidad parental de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 14. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

La Corte ha hecho precisiones en relación con esta institución, señalando que la misma *“hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo”*²⁷. (Subrayas fuera del texto original)

Es, por ende, una institución jurídica creada no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia

²⁷ Sentencia C-1003 de 2007.

adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Así las cosas, *“los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el del interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado”*²⁸. Desde este punto de vista la patria potestad se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.²⁹

Como consecuencia de lo anterior, las facultades derivadas de la patria potestad no constituyen, en realidad, un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que se trata de derechos concedidos a favor de los niños y niñas, razón por la cual su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado puede derivar en sanciones para el progenitor. Al respecto, la Corte ha precisado:

*“... que la patria potestad es una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.”*³⁰

De acuerdo con lo explicado en la sentencia C-145 de 2010, los derechos que reconoce la patria potestad a los padres, como instrumento para el adecuado cumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento, son:

“4.5. Siguiendo los mandatos legales, los derechos que reconoce la patria potestad a los padres, como instrumento para el adecuado cumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento, se reducen: (i) al de representación legal del hijo menor, (ii) al de administración de algunos bienes de éste, (iii) y al de usufructo de tales bienes. Sobre el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial, comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no solo ante los jueces, sino ante cualquier autoridad y ante particulares, en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones.

En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad

²⁸ Sentencia T-474 de 1996.

²⁹ Sentencia C-145 de 2010.

³⁰ Ídem

reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley, el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles (C.C., art. 291 y siguientes). Por expresa disposición legal, los rendimientos económicos que producen los bienes del hijo, y cuyo manejo corresponde a los padres a título de derecho de usufructo, constituyen uno de los medios con que éstos cuentan para atender sus obligaciones de crianza, lo cual descarta que los mismos puedan ser utilizados en beneficio exclusivo de los padres (C.C. art. 257).

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

Como ya se mencionó, de acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los niños y niñas son considerados sujetos de especial protección, mandato que se manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter fundamental, independiente y prevalente que se reconoce a sus derechos, buscando con ello asegurarles un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas. Al logro de tales objetivos, como directamente responsables, se vincula a los respectivos progenitores, a través de las figuras de la autoridad paterna y materna y del ejercicio de la patria potestad, institución esta última que, para tales efectos, se constituye en “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”. No sobra recordar que la familia, como institución básica de la sociedad, juega un papel primordial en la protección del menor, al punto que constituye un derecho fundamental de los niños”.

6.4. Es pertinente señalar que la sentencia C-404 de 2013 estudió la constitucionalidad de la expresión “legítimos” contenida en el inciso segundo del artículo 288 del Código Civil. En ese entonces concluyó que la palabra demandada resultaba inconstitucional. Dijo la Corte al respecto:

“...el que el inciso 2º del artículo 288 del Código Civil consagre el ejercicio de la patria potestad como un ejercicio conjunto de los padres respecto de los hijos “legítimos”, quienes a su vez son titulares del beneficio que otorga esa protección parental, constituye una discriminación por el origen familiar que excluye en la literalidad del lenguaje empleado, a los hijos extramatrimoniales

y a los adoptivos. Así, no existe ninguna justificación para que ese deber, que a la vez es un beneficio que se debe predicar en favor de todos los hijos al margen de los modos de filiación, se restrinja al lazo matrimonial porque claramente trae consigo una discriminación por el origen familiar que amerita el que la expresión “legítimos” acusada, sea retirada del ordenamiento jurídico.

Y es que además de ello, el efecto simbólico del lenguaje que trae consigo esa expresión, pone de presente un trato diferencial entre los hijos que gozan de una consanguinidad matrimonial y los que la detentan de forma extramatrimonial, situación que no está acorde con los postulados y valores constitucionales, y que desconoce el principio de la dignidad humana que se predica de todas las personas sin distinción alguna. Entonces, el aparte censurado del artículo 288 del Código Civil, deberá ser declarado inexecutable.

Por consiguiente, la lectura correcta que en adelante debe dársele a ese artículo es la siguiente: “La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. // Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. // Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.”

6.5 Ahora bien, las situaciones de suspensión y terminación de la patria potestad, se encuentran reguladas en los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil. De acuerdo con tales normas, la patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres, previa decisión judicial que así lo determine, (i) por su demencia, (ii) por estar en entredicho la capacidad de administrar sus propios bienes y (iii) por su larga ausencia. De igual manera, la patria potestad termina, también mediante pronunciamiento del juez, por las mismas causales previstas para que opere la emancipación judicial (C.C. art. 315), esto es: (i) por maltrato del hijo, (ii) por haber abandonado al hijo, (iii) por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, y (iv) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, les corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad.

En síntesis, cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad.

7. Inconstitucionalidad de la expresión “cónyuges” del artículo 310 del Código Civil

7.1 El artículo 310 del Código Civil, al regular la suspensión de la patria potestad claramente sólo prevé la designación de guardador si se trata de patria potestad que esté en cabeza de los "cónyuges", dejando por fuera los casos de filiaciones paternas distintas a la matrimonial.

Como lo señala la Procuraduría en su intervención, el artículo enjuiciado en esta ocasión y, en especial las expresiones demandadas, admite tres interpretaciones: una histórica, una sistemática, y otra literal. Dos resultan constitucionales, la otra no.

7.2 Como se expuso en el capítulo precedente de esta sentencia, la redacción original del Código Civil, no hacía referencia alguna a los cónyuges. De igual manera, las reformas introducidas a la patria potestad por las leyes 153 de 1887, 45 de 1936, 75 de 1968 y los decretos 2820 de 1974 y 772 de 1975, nunca vincularon esta institución al matrimonio.

Como se vio, las sucesivas modificaciones de la figura tuvieron dos ejes: la igualdad de los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y de los hombres y las mujeres en el ejercicio de la patria potestad. De lo anterior se colige que si se interpreta la norma a la luz de la génesis de institución, esta figura nunca estuvo vinculada al matrimonio.

Este resultaba relevante en el pasado exclusivamente en lo que tenía que ver con la legitimidad o no del hijo sobre el que se ejercía la patria potestad y la forma que esta adquiría. Para ilustrar este punto, por ejemplo, en las regulaciones originales del Código Civil y de la ley 153 de 1887, el hijo extramatrimonial no era sujeto de patria potestad. Solo hasta las modificaciones legislativas de 1936 se concibió la figura sobre este, pero diferenciada de la de aquel que había nacido al interior del matrimonio. Sin embargo insiste la Corte que la patria potestad, desde su inicio mismo, siempre ha estado vinculada al concepto de paternidad.

7.3 Adicionalmente, en la actualidad, tanto el Código Civil -excepto en la norma que se demanda- como el Código de la Infancia y de la Adolescencia se refieren a los padres como titulares de la patria potestad. Así se concluye al hacer una revisión de los artículos 62, 88,³¹ 119³² 288, 290³³, 299³⁴, 301³⁵,

³¹ “ARTICULO 88. DOMICILIO DEL QUE VIVE BAJO PATRIA POTESTAD Y DEL QUE SE HALLA BAJO TUTELA O CURADURIA. El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador”. (Subrayas de la Corte)

³² ARTICULO 119. PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD. Modificado por el art. 3, Decreto 2820 de 1974. Se entenderá faltar asimismo aquel de los padres que haya sido privado de la patria potestad. (Subrayas de la Corte)

³³ ARTICULO 291. USUFRUCTO DE LOS BIENES DE LOS HIJOS. Modificado por el art. 26, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: El padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes de los hijos de familia, exceptuados:

1o) El de los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial.

307³⁶, 313³⁷, 315³⁸ y 869³⁹ del Código Civil. Es más, el mismo artículo 310 que se demanda, señala textualmente, en su inicio, que la patria potestad se suspenderá “*con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia*”. De manera complementaria, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en los artículos 14⁴⁰, 36⁴¹, 108⁴², 110⁴³, 123⁴⁴ y 132⁴⁵, claramente señala que esta está ligada al concepto de paternidad.

2o) *El de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los padres; si sólo uno de los padres fuere excluido, corresponderá el usufructo al otro.*

3o) *El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro.*

Los bienes sobre los cuales los titulares de la patria potestad tienen el usufructo legal, forman el peculio adventicio ordinario del hijo; aquéllos sobre los cuales ninguno de los padres tienen el usufructo, forman el peculio adventicio extraordinario.” (Subrayas de la Corte)

³⁴ “ARTICULO 299. CESACION DE LA ADMINISTRACION Y DEL USUFRUCTO. Modificado por el art. 33, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Tanto la administración como el usufructo cesan cuando se extingue la patria potestad y cuando por sentencia judicial se declare a los padres que la ejercen responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la primera.

Se presume culpa cuando se disminuye considerablemente los bienes o se aumenta el pasivo sin causa justificada.” (Subrayas de la Corte)

³⁵ “ARTICULO 301. CELEBRACION DE NEGOCIOS NO AUTORIZADOS. Modificado por el art. 35, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: En el caso del artículo precedente, los negocios del hijo de familia no autorizados por quien ejerce la patria potestad o por el curador adjunto, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar el fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita de los padres. Y si lo hiciere no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.” (Subrayas de la Corte)

³⁶ “ARTICULO 307. EJERCICIO Y DELEGACION DE LA REPRESENTACION Y ADMINISTRACION. Modificado por el art. 40, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.

Si uno de los padres falta, corresponderán los mencionados derechos al otro.

En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el inciso primero de este artículo o en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o funcionario que la ley designe para que dirima la controversia de acuerdo con las normas procesales pertinentes. (Subrayas de la Corte)

³⁷ ARTICULO 313. EMANCIPACION VOLUNTARIA. Modificado por el artículo 43, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y éste consiente en ello. No valdrá esta emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa.

³⁸ ARTICULO 315. EMANCIPACION JUDICIAL. Modificado por el art. 45, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales: (...)” (Subrayas de la Corte)

³⁹ “ARTICULO 869. USUFRUCTO DEL PADRE DE FAMILIA Y DEL CONYUGE. El usufructo legal del padre de familia sobre ciertos bienes del hijo, y el del marido, como administrador de la sociedad conyugal, en los bienes de la mujer, están sujetos a las reglas especiales del título De la patria potestad, y del título De la sociedad conyugal” (Subrayas de la Corte)

⁴⁰ “Artículo 14. La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.” (Subrayas de la Corte)

Así las cosas –como se dijo- una interpretación sistemática de las disposiciones acusadas permite comprender que ahí donde el legislador usó la expresión *cónyuges*, realmente debe entenderse referido a los padres. Y que tal y como lo señaló el Instituto Colombiano de Derecho Procesal en su intervención, “*basta con una adecuada interpretación histórica y sistemática de la ley para dejar claro que fue un lapsus del legislador*”⁴⁶.

7.4 Sin embargo, una interpretación literal de la norma en comento resulta inconstitucional. Les asiste razón a los demandantes en el sentido de que una lectura gramatical de la disposición atacada, lleva a concluir que la suspensión de la patria potestad, excluye la medida de protección de designación de guardador para los niños cuya patria potestad es ejercida por padres que carecen de vínculo matrimonial, como son los que viven en unión libre y los que no son pareja.

Esta interpretación resulta contraria a los artículos 42 y 44 de la Carta, en la medida en la que implica someter a los menores de edad cuya patria potestad no es ejercida por los *cónyuges* a un trato que puede comprometer su interés superior de estos menores, especialmente en lo que refiere a la asignación de un guardador. La expresión *cónyuges* da un trato preferente a las familias

⁴¹ “Artículo 36. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad. Para los efectos de esta ley, la discapacidad se entiende como una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana. (...)

Parágrafo 1o. En el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos, deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquel la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley.” (Subrayas de la Corte)

⁴² “Artículo 108. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el parágrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación.

En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil.” (Subrayas de la Corte)

⁴³ “Artículo 110. Permiso para salir del país. La autorización del Defensor de Familia para la salida del país de un niño, niña o adolescente, cuando carezca de representante legal, se desconozca su paradero o no se encuentre en condiciones de otorgarlo, se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

Parágrafo 1°. Cuando un niño, una niña o un adolescente vaya a salir del país con uno de los padres o con una persona distinta a los representantes legales deberá obtener previamente el permiso de aquel con quien no viajare o el de aquellos, debidamente autenticado ante notario o autoridad consular. Dicho permiso deberá contener el lugar de destino, el propósito del viaje y la fecha de salida e ingreso de nuevo al país.

No se requerirá autorización de los padres a quienes se les haya suspendido o privado de la patria potestad.” (Subrayas de la Corte)

⁴⁴ “Artículo 123. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. La sentencia de homologación de la declaratoria de adoptabilidad se dictará de plano; producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, la niña o el adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la Oficina de Registro del Estado Civil.

Si el juez advierte la omisión de alguno de los requisitos legales, ordenará devolver el expediente al Defensor de Familia para que lo subsane.” (Subrayas de la Corte)

⁴⁵ “Artículo 132. Continuidad de la obligación alimentaria. Cuando a los padres se imponga la sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, no por ello cesará la obligación alimentaria. Esta obligación termina cuando el niño, la niña o el adolescente es entregado en adopción.” (Subrayas de la Corte)

⁴⁶ Folio 77

conformadas por matrimonio sobre otras formas familiares igualmente protegidas por la Carta. Además genera el riesgo -en lo que atañe a la designación del guardador- de desprotección de los menores de edad cuya patria potestad está en cabeza de personas que no están unidas mediante el vínculo matrimonial y, por ende, no tienen la calidad de cónyuges.

La expresión acusada, así interpretada, pone en evidencia una diferenciación de trato entre los hijos que resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional, ya que restringe el disfrute de la protección que otorga la patria potestad ejercida por los padres, sólo a los hijos habidos dentro del matrimonio, situación que genera una discriminación legal por el origen familiar o por el nacimiento de los hijos cuyo modo de filiación es extramatrimonial o adoptivo, desconociendo los principios y valores que enmarcan la Constitución Política de 1991.

A manera de ejemplo, se puede citar la situación del hijo adoptivo de una pareja del mismo sexo que vive en unión libre, cuyas madres son suspendidas en la patria potestad. Ese menor, al seguir el tenor literal de la norma, no tendría derecho a que le fuera asignado el guardador. Estaría entonces, en una situación inconstitucional, en la que, por la naturaleza de la familia a la que pertenece (esto es, una pareja en unión libre y no en matrimonio) no puede recibir el cuidado a través de la figura que la ley civil ha establecido para tal efecto.

Es necesario precisar también que la expresión “padres” no puede ser comprendida desde una interpretación inconstitucional. Se refiere a padres y madres, en el marco de cualquier forma de familia protegida constitucionalmente, en el sentido de lo dispuesto en las sentencias C-577 de 2011, SU-617 de 2014, C-071 de 2015, C-683 de 2015 y SU-2014 de 2016.

Cabe recordar aquí que el artículo 27 del Código Civil, al definir los criterios de la interpretación de la ley, dispuso que *“cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”*⁴⁷. Por ello, teniendo en cuenta que el sentido literal de lo demandado es claro, existe el riesgo de que los jueces desatiendan las interpretaciones histórica y sistemática de la norma y en su lugar opten por la gramatical o literal. Ello justifica que la Corte, ante la posibilidad de que se aplique un sentido inconstitucional del artículo 310 del Código Civil, lo excluya del ordenamiento jurídico en aras de preservar este último.

8. Efectos de la presente sentencia.

En aplicación del principio de conservación de la norma, la Corte Constitucional ha optado por lo que la doctrina denomina sentencias interpretativas o manipulativas, para eliminar una parte de la disposición

⁴⁷ Esta norma fue declarada constitucional recientemente mediante sentencia C-054 de 2016. Dicha sentencia recordó: *“...el método gramatical es el que está más profundamente vinculado con la hipótesis de infalibilidad de ese legislador soberano, pues supone que en ciertas ocasiones las normas tienen un sentido único, que no requiere ser interpretado.”*

demandada, e integrarla o manipularla para darle un alcance constitucional, amoldarla al ordenamiento constitucional, para que sirva al propósito de mantener una institución jurídica, dotándola de la eficacia normativa pretendida por el constituyente.

La interpretación adecuada del artículo 310 del Código Civil exige un pronunciamiento de la Corte Constitucional que procure la protección del interés superior del niño, niña o adolescente, en los casos en que se requiera suspender o privar de la patria potestad a ambos padres con independencia del vínculo de estos o aún en los casos en que los padres no conformen una pareja.

La adecuación de la disposición legal acusada al ordenamiento constitucional, en orden a que la norma produzca los efectos pretendidos por la Constitución y por el legislador, dirigidos a preservar la representación del menor a través de un guardador, en los casos de suspensión de la patria potestad, es posible mediante el pronunciamiento de una sentencia sustitutiva en la que se modifique la palabra "cónyuges" por la palabra "padres" en el artículo 310 del Código Civil.

En efecto, la Corte Constitucional ha establecido que este tipo de sentencias integradoras *"son una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. Las sentencias integradoras, en cualquiera de sus modalidades -interpretativas, aditivas o sustitutivas-, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (CP. art. 4o) y en los principios de efectividad (CP. art. 2o) y conservación del derecho (CP. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.*

"(...) Las sentencias integradoras de tipo sustitutivas se producen en aquellos casos en que la Corte retira del ordenamiento jurídico la disposición acusada o un aparte de la misma, y procede a llenar el vacío de regulación generado por la decisión con un nuevo texto que se ajuste a la Constitución Política. Las sentencias sustitutivas son entonces una mezcla de sentencia de inconstitucionalidad simple y de sentencia integradora, en el sentido que si bien en ellas se anula el precepto acusado, éste es reemplazado por un mandato que el propio fallo decide incluir o agregar al ordenamiento. De acuerdo con la doctrina especializada, el tipo de sentencia sustitutiva se caracteriza por adoptar, en forma sucesiva y concurrente, una postura oblativa, por medio de la cual se neutraliza la inconstitucionalidad advertida,

y una postura reconstructiva, dirigida a llenar la laguna normativa creada por el vicio de inconstitucionalidad detectado."⁴⁸

Más recientemente, en la sentencia C-754 de 2015 la Corporación señaló que este tipo de fallos tiene su fundamento en los artículos 2, 4 y 241 de la Constitución y en los principios de efectividad y conservación del derecho, que gobiernan el ejercicio del control constitucional y buscan mantener vigente en el ordenamiento jurídico las normas mediante una técnica que supere los aspectos que son insuficientes desde la perspectiva constitucional⁴⁹

Esta metodología se viene aplicando desde la sentencia C-011 de 1994, y ha sido reiterada por el Tribunal en las providencias C-012 de 1994, C-478 de 2003 y C-1235 de 2005, C-325 de 2009, C-458 de 2015 y C-754 de ese mismo año.

En esta oportunidad se requiere un pronunciamiento que le otorgue eficacia normativa a la institución de la guarda cuando se produzca la suspensión de la patria potestad.

En conclusión, la Sala proferirá una sentencia modulada sustitutiva de tal forma que la palabra cónyuges será reemplazada por padres, considerando que esto no implica la invasión de la libertad de configuración del legislador o el quebrantamiento del principio de la división de los poderes públicos, puesto que la Corte no está construyendo una nueva disposición legal sino que simplemente está adecuándola para que esta armonice con el sentido de la institución jurídica que desarrolla y resulte coherente con las demás sobre la materia presentes en el ordenamiento jurídico (e incluso en el mismo estatuto) y con el objetivo mismo del artículo en su conjunto, y simultáneamente sea respetuosa de las normas constitucionales pertinentes.

VII. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

DECLARAR INEJEQUIBLE la expresión cónyuges contenida en los incisos 1o y 2o del artículo 310 del Código Civil y, en su lugar, **SUSTITUIRLA** por la expresión padres.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

⁴⁸ Sentencia C-325 de 2009

⁴⁹ Sentencia C-754 de 2015

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

