

# PATRIA POTESTAD

Abordaje teórico en Colombia y Venezuela

ISBN. 978-958-8930-01-5



Andrea Aguilar Barreto, Máximo Vicuña de la Rosa, Kristhell Karem Garcia Vargas, Yamal Elías Leal Esper, Rina Mazuera Arias, Pedro Manuel Uribe Guzmán, Sergio Campana Zerpa, Marjorie Patricia Mattutat Muñoz



UCAT  
Universidad Católica del Táchira



EDICIONES  
UNIVERSIDAD  
SIMÓN BOLÍVAR

# Patria Potestad

---

Abordaje teórico en Colombia y Venezuela

*-Libro resultado de investigación-*

Andrea Aguilar Barreto  
Kristhell Kareem García Vargas  
Yamal Elías Leal Esper  
Máximo Vicuña de la Rosa (Coord)

Rina Mazuera Arias  
Sergio Campana Zerpa  
Marjorie Patricia Mattutat Muñoz  
Pedro Manuel Uribe Guzmán

EDICIONES  
UNIVERSIDAD  
 SIMÓN BOLÍVAR

RECTOR FUNDADOR  
**José Consuegra Higgins (q.e.p.d.)**

RECTOR EJECUTIVO  
**José Consuegra Bolívar**

VICERRECTORA ACADÉMICA  
**Sonia Falla Barrantes**

VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN  
**Paola Amar Sepúlveda**

SECRETARIA GENERAL  
**Rosario García González**

DIRECTOR GENERAL SEDE CÚCUTA  
**Tomás Wilches Bonilla**

DIRECTORA ACADÉMICA  
DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN SEDE CÚCUTA  
**Sandra Wilches Durán**

COORDINADOR DE INVESTIGACIONES SEDE CÚCUTA  
**Vicente Leonel Martínez**

DIRECTORA DEL PROGRAMA DE DERECHO SEDE CÚCUTA  
**Gladys Shirley Ramírez Villamizar**

COORDINADOR DE PUBLICACIONES CÚCUTA  
**José Joaquín Guerrero Vargas**

RECTOR  
**Pbro. Dr. Javier Yonekura Shimizu**

VICERECTOR ACADÉMICO  
**Wilfredo Rafael González Rodríguez S.I.**

VICERECTORA ADMINISTRATIVA  
**Félida Roa de Roa**

SECRETARIA  
**Magaly Salas de Maldonado**

DECANA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
**Annalisa Poles de Gracioti**

DECANA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO  
**Rina Mazuera Arias**

Patria Potestad. Abordaje teórico en Colombia y Venezuela / Rina Mazuera Arias, Andrea Aguilar Barreto, [et al.]. - Cúcuta: Universidad Simón Bolívar, 2015.

88 p.; 16,5x24 cm. ISBN. 978-958-8930-01-5

1. Patria Potestad en Colombia y Venezuela 2. Derecho Civil 3. Decisiones judiciales 4. Penalización 5. Privación 6. Extinción 7. Responsabilidad de crianza 8. Análisis constitucional 9. Bienes jurídicos. 10. Protección a los bienes 11. Representación del menor 12. Obligación de manutención 13. Convivencia familiar 14. Autorizaciones para viajar 15. Ineficacia jurídica

346.015 2015 cd 1 ed.

Universidad Simón Bolívar-Sistema de Bibliotecas

---

## **Patria Potestad - Abordaje teórico en Colombia y Venezuela**

ISBN. 978-958-8930-01-5

*Andrea Aguilar Barreto*®, *Rina Mazuera Arias* ®.

*Sergio Campana Zerpa*®, *Kristhell Kareem Garcia Vargas*®, *Yamal Elías Leal Esper*®, *Marjorie Patricia Mattutat Muñoz*®,

*Pedro Manuel Uribe Guzmán*®, *Máximo Vicuña de la Rosa (Coord.)*®

### **Pares evaluadores:**

*Mayerling Lisbeth Cantor Arias* - [mayerlingcantor@gmail.com](mailto:mayerlingcantor@gmail.com)

*Ernesto Galvis González* - [ernesto.galvis@icbf.gov.co](mailto:ernesto.galvis@icbf.gov.co)

Editor: *José Joaquín Guerrero Vargas*

Coeditor: *Jhon Franklin Espinosa Castro*

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma por medios electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros, sin la previa autorización por escrito de Ediciones Universidad Simón Bolívar y del autor. Los conceptos expresados de este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Universidad Simón Bolívar. Esta obra cumple con el Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los Decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

### **Ediciones**

**Universidad Simón Bolívar**®

Carrera 54 No. 59- 102 <http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/>

[dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co](mailto:dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co)

Barranquilla- Cúcuta

Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta® - Grupo de Investigación Tendencias Jurídicas Contemporáneas.

Universidad Católica del Táchira® - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Julio de 2015 Cúcuta

Printed and made in Colombia

# Contenido

Prólogo .....	5
PARTE 1.....	7
PLANTEAMIENTO INVESTIGATIVO .....	7
Capítulo 1 .....	7
Generalidades .....	7
Introducción .....	7
Problema de investigación .....	8
Justificación .....	9
Objetivo general .....	9
Objetivos específicos .....	9
Método.....	9
PARTE 2.....	10
Patria Potestad en Venezuela .....	10
Capítulo 2 .....	10
Evolución de la Patria Potestad en Venezuela.....	10
Evolución legislativa de la Patria Potestad en Venezuela .....	10
Fundamento constitucional.....	11
Consideraciones generales de la Patria Potestad y su relación con los derechos y deberes de la familia .....	13
Capítulo 3 .....	15
La Patria Potestad en el Derecho Civil venezolano.....	15
Parte sustantiva y adjetiva.....	15
La Patria Potestad en Venezuela: Titularidad y ejercicio. Privación y extinción de la Patria Potestad.....	15
Privación de la Patria Potestad .....	16
Extinción de la Patria Potestad .....	18
Responsabilidad de Crianza: La custodia. Atribución. Revisión y modificación de la responsabilidad de crianza .....	19
La representación del menor y la administración de sus bienes: Titularidad, extensión, responsabilidad.....	20
Obligación de manutención: Concepto y extensión. Determinación y cumplimiento. Extinción.....	20
Convivencia familiar: Contenido. Ejercicio. Fijación y extensión del régimen de convivencia familiar.....	22
Autorizaciones para viajar: Justificación. Atribución. Intervención Judicial. ....	23
Capítulo 4 .....	25
Las decisiones judiciales en relación a los derechos derivados de la Patria Potestad y su efectividad en Venezuela.....	25
La Patria Potestad: naturaleza jurídica de los poderes concedidos a los padres y la finalidad de las decisiones dictadas sobre el régimen.....	25
Función del Estado Venezolano a través de los órganos judiciales del Sistema Rector Nacional de Protección Integral para garantizar la tutela judicial efectiva y el interés superior de los niños y adolescentes en los procesos judiciales .....	26
Ejecución de las decisiones judiciales en materia de protección de los derechos de los niños y adolescentes.....	28

Capítulo 5 .....	35
Penalización. Consecuencias penales por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Patria Potestad.....	35
Nociones introductorias .....	35
Breve exposición sobre la responsabilidad penal en Venezuela .....	36
La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes como instrumento tipificador de delitos y agravantes de la responsabilidad penal.....	38
La privación de la Patria Potestad y otras sanciones accesorias al establecimiento de la responsabilidad penal.....	42
El desacato como tipo penal a tenor de lo dispuesto en el Artículo 270 de la LOPNNA .....	44
PARTE 3.....	49
Patria Potestad en Colombia .....	49
Capítulo 6 .....	49
Análisis constitucional de la Patria Potestad en Colombia. ....	49
Antecedentes sobre la Patria Potestad en Colombia .....	49
La Patria Potestad en la Constitución política de Colombia. (El interés superior del niño). ....	51
Relación de la Potestad Parental con los derechos fundamentales del niño. (Custodia y cuidado personal).....	53
Conclusiones .....	55
Capítulo 7 .....	57
La Patria Potestad en el Derecho Civil Colombiano.....	57
De la Patria Potestad a la Potestad Parental.....	57
Patria Potestad: ¿Derecho u Obligación? .....	58
La titularidad y ejercicio de la Patria Potestad .....	60
Derechos y obligaciones derivadas de la Patria Potestad.....	61
Capítulo 8 .....	64
Ineficacia Jurídica del Derecho a la Patria Potestad en Colombia. ....	64
La Patria Potestad como régimen de protección y la finalidad de las decisiones dictadas sobre el régimen.....	64
Función del Estado Colombiano frente a la garantía de la Patria Potestad, desde el sistema judicial. ....	57
Ejecutabilidad de las decisiones patrimoniales y no patrimoniales .....	69
Patria Potestad, facultad no conciliable. ....	72
Capítulo 9 .....	74
Protección penal a los bienes jurídicos relacionados con el ejercicio de la Patria Potestad. ...	74
Generalidades .....	74
Bienes jurídicos que se relacionan constitucionalmente como elementos de la “Especial Protección de la Familia.” .....	75
La intimidación de la familia como regla y su intervención desde la Ley de protección especial. ....	76
Ejercicio indebido la Patria Potestad en la comisión de conductas punibles .....	77
Tipos penales que vulneran el bien jurídico de la familia.....	78
Análisis estructural .....	79
PARTE 4.....	86
SECCIÓN CONCLUSIVA.....	86
Capítulo 10 .....	86
Conclusiones .....	86

# Prólogo

La filiación es la relación jurídica más importante de la vida; no en vano ha sido estudiada por el Derecho Civil occidental desde época romana. Ser hijo o hija no sólo es un hecho biológico, sino también social y jurídico. Te ubica en la historia, te identifica, te relaciona verticalmente con tus ascendientes y horizontalmente con tus colaterales.

La Patria Potestad tiene su razón de ser en la filiación, indistintamente de que los progenitores tengan una relación jurídica entre ellos; es decir, sean cónyuges, o tengan sólo una relación de hecho o moral; o incluso, no tengan nada, en el caso de que la procreación haya sido fruto de una unión esporádica.

La Patria Potestad no es un derecho de los padres; sin embargo, sí que lo es en cuanto ellos son los titulares, principales educadores de sus hijos y quienes velarán por su bienestar; ninguna persona, ni el Estado podrán sustraerles esa prerrogativa. Pero, la Patria Potestad, ante todo, es una institución que garantiza los derechos del menor; su fin es beneficiarle (*favor filii*). De ahí que todo lo que ella conlleva es a favor del menor y no de sus padres: responsabilidad de crianza, custodia, obligación de manutención, convivencia familiar o régimen de visitas, representación y administración de los bienes, autorización para viajar, etc.

El estudio de la Patria Potestad se torna cada vez más interesante en nuestros días, gracias a las metas que se van logrando en relación a épocas pasadas. Vamos viendo cómo el Derecho va evolucionando y otorgando el lugar que le corresponde a los menores de edad en el ámbito jurídico. Los niños y adolescentes, de *sujetos de protección* (así lo refería la Ley Tutelar del Menor de Venezuela, 1980), han pasado a ser considerados *sujetos de derecho* (Ley Orgánica del Niño, Niña y Adolescente de Venezuela, 1998 y su posterior reforma parcial en 2007). Hoy en día los menores tienen mayor protección jurídica, y esta idea –aunque falte todavía un trecho por recorrer–, ha ido calando en la conciencia de muchos ciudadanos, funcionarios públicos, jueces y demás personal de justicia, de tal manera que se podría decir que hemos ido subiendo escalones que nos aproximan más a la meta que deseamos alcanzar, que no es otra que lograr que triunfe siempre el interés superior del menor.

Esta monografía lleva de la mano al jurista a adentrarse en lo más simple y más complejo de la Patria Potestad. Recorre sus antecedentes, aspectos sustantivos y procedimentales en el ámbito civil y el penal. Logra ser una obra completa, gracias al aporte enriquecedor de sus autores, que con destreza han sabido plasmar de manera didáctica y sistemática la normativa de dos naciones hermanas: la venezolana y la colombiana; que en muchos aspectos se relacionan. La proximidad territorial obliga a todo abogado colombiano, dominar el Derecho venezolano y, por su parte, al abogado venezolano, manejar con destreza el Derecho colombiano. Es necesario el conocimiento analítico del Derecho comparado para lograr aportes productivos que enriquezcan a las legislaciones y por ende a la sociedad.

**Luisa Andreína Henríquez Larrzábal**

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza

Especialista en Derecho Civil Personas y Familia

Profesora de Derecho de Familia en la Universidad Monteávila

Directora del Centro de Estudios de la Familia y el Matrimonio en la Universidad Monteávila

cef@uma.edu.ve



# PARTE 1

## PLANTEAMIENTO INVESTIGATIVO

### Capítulo 1

#### Generalidades.

---

Por: **Marjorie Mattutat Muñoz**

Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal  
**Abogada, Universidad Católica del Táchira.**  
Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad de las Américas

**Rina Mazuera Arias**

Investigadora del Grupo Altos Estudios de Frontera, Línea Estudios Sociojurídicos de Frontera,  
Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta  
Decana de Investigación y Posgrado y Docente de la Carrera de Derecho de la  
Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal  
**Abogada, Universidad Católica del Táchira**  
Doctora en Derecho programa de Derecho civil familia y de la persona, Universidad de Zaragoza en España  
Especialista en Derecho Administrativo - Especialista en Derecho Tributario

#### Introducción

El régimen que vincula a padres con hijos, cualquiera que sea la denominación acogida en los ordenamientos jurídicos que lo regulan, la tradicional de Patria Potestad originaria del Derecho romano, o cualquiera otra como potestad parental, autoridad paterna, responsabilidad parental o relación paterno-filial, entre otras, es un régimen de carácter universal, pues deviene de la propia naturaleza humana, de la reproducción, la descendencia y la relación que, naturalmente, debe existir con esa descendencia. Esa universalidad trae como consecuencia que las implicaciones de las relaciones paterno-filiales y su regulación jurídica sean más o menos similares en todos los ordenamientos jurídicos. Especialmente entre países civilizados que han reconocido los derechos fundamentales de sus ciudadanos y, entre éstos, los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, quienes por su menor edad se encuentran al cuidado y protección de sus padres.

Abandonada ya por la mayoría de los países la concepción originaria romana de *patria potestas*, como régimen de poder absoluto del padre y ejercido únicamente en su interés personal, la Patria Potestad es contemplada en la actualidad como un régimen principalmente de protección, regido por el principio del *favor filii*, es decir, ejercido y regulado en protección del interés de los hijos y no del interés de los padres.

Lógicamente que su contenido, extensión de los poderes y deberes de los padres o su forma de ejercicio puede variar en los diferentes ordenamientos jurídicos atendiendo a cultura, historia o evolución legislativa, costumbres e idiosincrasia, pero siempre sobre la base del principio fundamental, universal e inspirador de todas las normas sobre la materia: la protección hacia los hijos y el resguardo de sus intereses.

Ahora bien, siendo Venezuela y Colombia países fronterizos, vecinos, las culturas y legislaciones tienen similitudes propias de la cercanía de ambas naciones. Se ha visto, a través de los años, cómo ambos países han ido adaptando sus ordenamientos jurídicos a la realidad y evolución de sus sociedades, así como a los tratados internacionales suscritos por ambas naciones, proceso de adaptación que, algunas veces lo ha cumplido primero Colombia,



otras veces primero Venezuela, pero llegando a normas similares y acordes con el Derecho internacional. No obstante, se trata de dos Estados distintos, con leyes propias en el marco del ordenamiento jurídico de cada uno, razón por la cual, la regulación del régimen de Patria Potestad -aunque similar- no es idéntica.

Por su parte, siendo Venezuela y Colombia países vecinos, resulta inevitable que sus ciudadanos se encuentren estrechamente vinculados. La cercanía de los países y su fácil acceso por diferentes vías, genera el constante tránsito de sus ciudadanos de uno a otro, lo cual se convierte en hecho generador de múltiples relaciones de diferente naturaleza. Es común que existan vínculos económicos, sociales y familiares entre venezolanos y colombianos. Hablando específicamente de las relaciones sociales y familiares, los vínculos entre ciudadanos de ambos países traen como consecuencia que, con frecuencia, ambas naciones se vean ante la necesidad de reglamentar y dar solución a los conflictos que se suscitan entre los sujetos de esas relaciones, con implicaciones para uno u otro país o con efectos transnacionales.

En la materia que nos ocupa ahora, resultan sumamente frecuentes conflictos en cuanto al ejercicio de la Patria Potestad, como por ejemplo si éste corresponde a ambos progenitores y éstos están juntos, ¿puede un sólo progenitor cruzar la frontera con los hijos de ambos? O si los padres están separados, ¿a quién de ellos corresponde el ejercicio de la custodia? Si uno está residenciado en Venezuela y otro en Colombia ¿Cuál legislación debe aplicarse?, ¿Cómo se garantiza el contacto con el progenitor que no ejerce la custodia? Y ¿Cómo dar cumplimiento a otras obligaciones como la manutención o alimentación de los hijos? ¿Qué sucede si uno de los progenitores incumple con sus obligaciones y ahora se encuentra residenciado en el país vecino? ¿Las implicaciones legales de esas situaciones serán iguales en Venezuela y en Colombia? Estas interrogantes y circunstancias, hacen tan importante, de utilidad y hasta necesario para los profesionales del Derecho y los ciudadanos en general de uno y otro país, conocer cuál es la regulación del régimen de Patria Potestad en ambos ordenamientos jurídicos.

Respondiendo a esa necesidad, los autores de este manual se proponen desarrollar un estudio teórico y práctico acerca de cómo están reguladas las relaciones paterno-filiales tanto en la legislación colombiana como en la venezolana, con el objetivo de brindar al lector un enfoque sencillo pero completo de los fundamentos constitucionales y legales del régimen de Patria Potestad, su contenido, forma de ejercicio y los mecanismos existentes en uno y otro país para hacer efectivos los deberes que le son impuestos a los padres, así como las consecuencias o responsabilidades que se generan por su incumplimiento.

### **Problema de investigación**

Como se señala en la introducción, en la frontera Colombo Venezolana es común las relaciones económicas, sociales, culturales y familiares entre los habitantes de la zona fronteriza; en el caso de las relaciones familiares además del matrimonio, uniones estables de hecho, existen en muchas ocasiones hijos, que deben ser protegidos, en el marco del ejercicio de la Patria Potestad como institución familiar que busca la protección de los hijos y el desarrollo integral de los mismos. Cuando los padres no viven juntos o alguno de ellos deja de ejercer sus deberes como padre o madre respectivamente, los hijos menores de edad se afectan negativamente ya sea en relación a sus derechos de mantener relaciones afectivas con ambos padres, o a una manutención completa que les permita ejercer sus derechos a la alimentación, educación, recreación, deporte, salud, entre otros.

Ante esa situación es fundamental conocer la legislación aplicable en cada caso particular aun cuando los padres y los hijos se encuentren en territorios distintos, de allí la pregunta: ¿Cuál es el régimen jurídico de la Patria Potestad en Venezuela y Colombia? A partir de allí, se puede hacer un recorrido por toda la institución de la Patria Potestad en los dos ordenamientos jurídicos, lo que contribuye con el conocimiento del derecho de dos países que coinciden en la frontera.

## **Justificación**

La línea de investigación estudios socio jurídicos de la frontera del Grupo de Investigación de Altos Estudios de Frontera de la Universidad Simón Bolívar, así como la línea de investigación Familia y Sociedad de la Universidad Católica del Táchira, en sus ejes respectivamente, cuentan con el derecho comparado en aquellas ramas del derecho aplicable a las diferentes realidades sociales y jurídicas que ocurre en la frontera Colombo Venezolana. La vida en las ciudades o localidades fronterizas no se detiene por la aplicación de ordenamientos jurídicos distintos, sino todo lo contrario, se hace cada día más compleja por el desconocimiento de las normas jurídicas aplicables, situación de la que no escapa las relaciones paterno-filiales; de allí que un estudio de la Patria Potestad en el derecho venezolano como en el derecho colombiano se hace necesario tanto para los profesionales del derecho como para los habitantes de la frontera Colombo Venezolana.

## **Objetivo general**

El objetivo general del libro: Patria Potestad. Abordaje teórico en Colombia y Venezuela; es determinar el régimen jurídico de la Patria Potestad en el Derecho Colombiano y en el Derecho Venezolano, que permita hacer una descripción de la institución de la Patria Potestad en ambos derechos.

## **Objetivos específicos**

Indicar la evolución de la legislación de Patria Potestad en el Derecho Colombiano y en el Derecho Venezolano.

Analizar el derecho sustantivo y adjetivo de la Patria Potestad en el Derecho colombiano y Venezolano.

Estudiar la efectividad de las decisiones judiciales en relación a los derechos derivados de la Patria Potestad.

## **Método**

El abordaje teórico en Colombia y Venezuela de la Patria Potestad se hace desde un recorrido por la legislación aplicable en cada ordenamiento jurídico por separado. Se comenzó con la evolución de la Patria Potestad en cada una de las leyes y la indicación en las respectivas normas constitucionales. Se indica las normas legales respectivas que regulan la Patria Potestad en Colombia y Venezuela, con una descripción de la institución; lo que permite al lector analizar de manera comparativa la institución. El método usado es documental, descriptivo y de análisis legal.

# PARTE 2

## Patria Potestad en Venezuela

### Capítulo 2

## Evolución de la Patria Potestad en Venezuela.

---

Por: **Rina Mazuera Arias**

Investigadora del Grupo Altos Estudios de Frontera, Línea Estudios Sociojurídicos de Frontera,  
Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta  
Decana de Investigación y Posgrado y Docente de la Carrera de Derecho de la  
Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal

**Abogada, Universidad Católica del Táchira**

Doctora en Derecho programa de Derecho civil familia y de la persona, Universidad de Zaragoza en España  
Especialista en Derecho Administrativo - Especialista en Derecho Tributario

---

En este capítulo se explica brevemente la evolución legislativa de la Patria Potestad en Venezuela desde el primer Código Civil, lo que permite visualizar el avance legislativo de la institución particularmente en las últimas reformas. Adelanto que es consagrado por la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela al establecer los principios constitucionales de la Patria Potestad, respetuosos de los tratados internacionales que existen en la materia, como la protección de la familia, la responsabilidad del Estado, de la Sociedad y de la Familia, el derecho-deber de los padres en igualdad de condiciones de amar y proteger a sus hijos. El fundamento de la Patria Potestad es la filiación y de allí las relaciones que se derivan con otras instituciones del derecho.

---

### Evolución legislativa de la Patria Potestad en Venezuela

La Patria Potestad tiene su origen en el derecho romano, por terminología significa el poder que tiene el padre sobre su familia. La evolución legislativa ha permitido que su significado sea otro hoy en día, y no sea una institución ejercida exclusivamente por el padre ni en beneficio de él. Ahora es una institución en beneficio de los hijos y ejercida en igualdad de condiciones por el padre y la madre (Suárez, 1999, pp. 168-171).

Sin embargo, esa evolución legislativa no fue tan rápida, (República de Venezuela. Código Civil, 1867) el Artículo 148 establecía: “Los hijos menores de edad están bajo la Patria Potestad del padre” y de conformidad con los Artículos 150, 151, 154 era el padre el responsable de la educación, corrección, representación y administración de los bienes del hijo. Según el Artículo 168 y 169, la madre tenía la posibilidad de ejercer la Patria Potestad, sólo cuando sucedía al padre, y el padre podía en el testamento nombrar consultores para que orientase a la madre en aquellos asuntos relativos a la Patria Potestad que el padre hubiese considerado necesario.

Posteriormente, (República de Venezuela. Código Civil, 1873) el Artículo 232 establecía:

Durante el matrimonio, la Patria Potestad se ejerce por el padre, y en caso de imposibilidad de este, por la madre. Después de la disolución del matrimonio, la Patria Potestad se ejerce por el cónyuge sobreviviente. La madre declarada adúltera por Sentencia ejecutoriada no podrá en ningún [SIC] caso ejercer la Patria Potestad.

Los Artículos 234, 235, 237, establecían que el padre tenía a su cargo la educación, corrección, representación y administración de los bienes de sus hijos; sin embargo, el Artículo 255 señalaba que: “El padre y la madre tienen la obligación de mantener, educar é [SIC] instruirá [SIC] sus hijos legítimos, a [SIC] los adoptivos y á [SIC] los ilegítimos reconocidos legalmente...”

En la reforma siguiente (República de Venezuela. Código Civil, 1896), los Artículos 237, 239, 240, 242 no incorporan ningún cambio en materia de Patria Potestad, sigue la regulación tal cual como estaba en el año 1873.

En el año 1904, se incluye el divorcio en Venezuela y eso hace que exista una modificación en el ejercicio de la Patria Potestad. Se establece (República de Venezuela, Código Civil, 1904), en el Artículo 243:

Durante el matrimonio, la Patria Potestad se ejerce por el padre, y en caso de imposibilidad de éste, por la madre.

En caso de muerte de uno de los cónyuges ejercerá la Patria Potestad el cónyuge sobreviviente, y en caso de divorcio la ejercerá quien lo ordene la Sentencia, según las circunstancias.

La madre declarada adúltera por Sentencia ejecutoriada no podrá en ningún caso ejercer la Patria Potestad.

Como se desprende del Artículo anterior, con la introducción del divorcio se abrió la posibilidad de que la madre pudiese llegar a tener a su cargo la Patria Potestad si así se establecía al momento de declararse el mismo; y en la redacción se sustituye el término “disolución” para el caso de muerte y de divorcio. Sin embargo, (República de Venezuela, Código Civil, 1904), en los Artículos 245, 246, 248 se mantiene en el padre el poder de educación, corrección, representación y administración de los bienes de sus hijos.

En la reforma siguiente (República de Venezuela, Código Civil, 1916), el Artículo 283 mantiene una regulación similar al Artículo 243 reformado, pero la novedad de la reforma de ese año es el Artículo 284 que establecía: “La madre natural ejerce la Patria Potestad, con todos los derechos y deberes a ésta inherente, respecto del hijo menor cuya filiación natural esté probada legalmente”. Se esa manera se permitió legalmente que la madre fuese titular de la Patria Potestad sin limitaciones ni condicionamientos por lo menos para los hijos que tenía siendo soltera. Igualmente continúa en el padre el poder de educación, corrección, representación y administración de los bienes de sus hijos.

En la subsiguiente reforma, (República de Venezuela, Código Civil, 1922) los Artículos 283 y 284 permanecen exactamente igual, sin que existan diferencias en relación a la titularidad y el ejercicio de la Patria Potestad.

Es en la reforma posterior (República de Venezuela, Código Civil, 1942), que existe un avance en relación al papel de la madre en la Patria Potestad, en situaciones normales de convivencia con el padre, al señalar el Artículo 261:

...La Patria Potestad corresponde al padre, pero en su ejercicio coadyuvará, durante el matrimonio, la madre, en lo que respecta al orden doméstico y a la dirección de los hijos. En caso de muerte del padre, de haber éste incurrido en suspensión o privación de la Patria Potestad, de encontrarse bajo tutela o curatela, de haber sido declarado ausente, de no estar presente, y cuando esté imposibilitado por cualquier motivo, la madre ejercerá la Patria Potestad...

El legislador incorpora un rol más activo de la madre en los asuntos cotidianos, sin quitarle al padre el poder de decidir en los asuntos relativos a la educación, representación y administración de los bienes de los hijos, sin embargo, se establecía ese mismo poder a la madre cuando el padre no tenía la Patria Potestad. La reforma de 1942 es la antesala al Código Civil vigente hoy en día que establece la igualdad del padre y la madre en el ejercicio de la Patria Potestad.

## **Fundamento constitucional**

La institución jurídica de la Patria Potestad consiste en el conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos (Rodríguez, 2010, p. 63), su fundamento constitucional se encuentra en el

capítulo V “De los derechos sociales y de las familias” de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, (República Bolivariana de Venezuela, Constitución Nacional, 1999), el Artículo 75, establece:

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen....

El Artículo deriva tres principios constitucionales básicos para la Patria Potestad: el primero corresponde el deber Estatal de proteger la familia como una institución indispensable para el desarrollo individual de sus miembros, que implica la consciencia de la importancia familiar y su especificidad en el momento de promulgar leyes o diseñar políticas públicas en su beneficio; segundo, reconoce los valores fundamentales que deben orientar las actuaciones y decisiones familiares para garantizar el éxito de sus relaciones y el desempeño de los roles de sus miembros, en la igualdad jurídica, la solidaridad, el buen trato y la comprensión mutua; el tercero, es el derecho a vivir en la familia de origen, lo cual implica la obligación Estatal de proteger a la madre y al padre, y en ausencia de estos, a quién se encargue de la familia.

En relación a los valores, las actitudes que deben orientar las actuaciones de la familia, el legislador en cada una de las reformas y en particular en la reforma del Código Civil venezolano en 1982, establece la igualdad jurídica entre la mujer y el hombre en las relaciones familiares, en particular en el matrimonio, y en la Patria Potestad. Luego al reformar la institución, incluye como causales para la privación de la Patria Potestad conductas contrarias al buen trato, respeto, solidaridad que debe guiar las relaciones entre padres e hijos.

El derecho a vivir con la familia de origen, se constituye en una base de la Patria Potestad, por ello ante cualquier irregularidad en el ejercicio de la misma, o la falta de recursos económicos por parte de los padres, no constituyen motivos suficientes para la extinción de la institución.

Adicionalmente, (República Bolivariana de Venezuela, Constitución Nacional, 1999), el Artículo 76, establece:

...El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Dada la igualdad jurídica entre la madre y el padre, sobre ambos recae el deber de criar a los hijos y darle todo lo necesario en afecto, amor, corrección, vigilancia y recursos materiales para lograr el desarrollo integral de los mismos, deberes que no pueden ser renunciados, y establecen la indisponibilidad de la Patria Potestad. De conformidad (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, 2007), con el Artículo 347, la Patria Potestad es un conjunto de derechos-deberes (función) que tienen los padres en relación con sus hijos mientras no cumplan la mayoría de edad y permanezcan solteros, cuya finalidad es el “cuidado, desarrollo y educación integral” de los hijos. Deberes que enmarcan el contenido de la Patria Potestad: la responsabilidad de crianza, la representación de los hijos y la administración de los bienes del hijo.

Por otra parte, (República Bolivariana de Venezuela, Constitución Nacional, 1999), el Artículo 78, señala:

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

A partir de éste Artículo, se da un nuevo paradigma, donde los niños, niñas y adolescentes ya no son considerados en “situación irregular”, como señala Mattutat (2013, p.223), término que abarcaba la protección en caso de abandono material y moral, ocurrencia de hechos antisociales, entre otros, donde no eran sujetos de plenos derechos sino de tutela por parte del Estado, se establece un nuevo sistema, el de protección integral, donde son sujetos de derecho, da un cambio la legislación en materia de niños y adolescentes. Así se tiene, que en la Patria Potestad las actuaciones de los padres deben considerar las opiniones o consentimientos de los hijos según el caso, y el principio rector para todo el ejercicio de la Patria Potestad será el interés superior del niño, como señala Mazuera (2013, p. 251), en caso de desacuerdo entre los padres, deben con mayor razón, decidir lo más conveniente para el hijo considerando las situaciones anteriores que se hayan presentado y si no es posible el común acuerdo entre los padres, ambos o uno sólo de ellos o el hijo adolescente puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y la decisión que se dicte tendrá como fundamento el interés superior del niño, niña o adolescente.

La Sala Constitucional, (Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, 2008) señala:

El “interés superior del niño” previsto en el Artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales. Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social.

### **Consideraciones generales de la Patria Potestad y su relación con los derechos y deberes de la familia**

Como se comentaba en líneas anteriores, la familia es el espacio fundamental para lograr el desarrollo integral de sus miembros, y la Patria Potestad, como función que ejerce tanto la madre como el padre en igualdad de condiciones, tiene su fundamento en la filiación, no en la relación que tengan los padres, es decir, no importa si los padres están casados, forman un pareja estable de hecho, o nunca han convivido juntos. En ese sentido, (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, 2007), como señalan los Artículos 25, 26, 27 y 30, los hijos gozan de un conjunto de derechos: ser cuidados por sus padres, vivir en familia, mantener relaciones personales con sus padres, mantener un nivel de vida adecuado y que permita su desarrollo integral; derechos que se materializan con el ejercicio de la Patria Potestad, de ahí que no cesan en caso de conflictos entre sus progenitores.

La Patria Potestad es una institución que beneficia principalmente a los hijos, que procura garantizar los derechos que tienen los niños y niñas, en ese sentido Gómez (1992, p. 301) señala que “las bases filosóficas sobre las cuales se edifica la institución de la Patria Potestad son el beneficio y la protección del menor y no el provecho personal de los padres”.

Al ser la Patria Potestad una relación paterno-filial (Peñaranda, 2012, p.137) la misma se vincula con otros derechos y deberes de la familia. Uno de ellos es el derecho a la identidad, que implica el derecho de todo niño y adolescente a tener un nombre civil, compuesto por

el nombre de pila y el nombre patronímico, primer apellido del padre y primer apellido de la madre, en caso de conocer un solo progenitor, se repetirá el apellido del mismo.

Otro derecho-deber de la familia es el derecho de alimentos, que tienen los padres para con sus hijos. La obligación de manutención es regulada por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, institución que será desarrollada más adelante; en el caso de los hijos, ellos tienen el deber de dar alimentos a sus padres, que es lo que constituye entre otros, el derecho de alimentos. Como señala Martínez (2009, p. 648) la obligación de alimentos se establece entre personas que están unidas por determinados vínculos familiares, donde se impone el deber y el derecho de exigir alimentos reconociendo la necesidad del acreedor y la situación económica del deudor; convirtiéndose el derecho de alimentos en una institución autónoma con un régimen propio y características propias.

Uno de los derechos que tiene todo niño, niña y adolescente es a mantener contacto con sus progenitores, de conformidad con lo establecido en el Artículo 27 de la LOPNNA, en concordancia con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y otros familiares, contacto que se traduce en lo que se conoce como derecho de visita en otros ordenamientos, y Régimen de Convivencia Familiar en Venezuela, derecho que permite fomentar las relaciones humanas y afectivas entre padres e hijos, de manera que el padre que no habite con el hijo tenga un contacto habitual con el hijo, a través de una visita en sentido restringido o en sentido amplio; derecho que será explicado en los próximos capítulos.

### Referencias

- Gómez Piedrahita, (1992). *Derecho de familia*. Bogotá: Temis
- Martínez Rodríguez, N. (2009). Últimas tendencias en derechos de alimentos. *Nuevos conflictos del derecho de familia, La Ley*, pp. 747-716.
- Mattutat Muñoz, M. P. (2013). Minoridad y mayoría. *Manual de Derecho civil personas*. pp. 221-236. Fundesde.
- Mazuera Arias, R. (2013). La Patria Potestad. Generalidades. *Manual de Derecho civil personas, Fundesde*. pp. 249-254.
- Peñaranda Q. H. (2012). *Derecho civil I. Derecho de personas*. Apuntes de LUZ. Venezuela: Universidad del Zulia.
- Rodríguez Pinto, M. S. (2010). Una relectura de la Patria Potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Revista Ius et Praxis, Año 1(16)*, pp. 55-84.
- Suárez Franco, R. (1999). *Derecho de familia*. (Tomo II.) Bogotá: Temis.

### Referencias legales

- República de Venezuela. Congreso de la República. (1982). Código Civil (21 de mayo de 1867). Leyes y decretos de Venezuela 1861-1870. (T. 4). Caracas: Autor
- República de Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. (1983). Código Civil (20 de febrero de 1873). Leyes y decretos de Venezuela 1870-1873. (T.5). Caracas: Autor
- República de Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. (1990). Código Civil (19 de mayo de 1896). Leyes y decretos de Venezuela 1894-1896. (T.18). Caracas: Autor
- República de Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. (1992). Código Civil (9 de abril de 1904). Leyes y decretos de Venezuela 1894-1896. (T.27). (V.I). Caracas: Autor
- República de Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. (1992). Código Civil (4 de julio de 1916). Leyes y decretos de Venezuela 1916. (T.39). Caracas: Autor
- República de Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. (1994). Código Civil (13 de julio de 1922). Leyes y decretos de Venezuela 1922. (T.45). Caracas: Autor
- República de Venezuela. Congreso de la República de Venezuela. Código Civil (13 de julio de 1942). Caracas: Torres.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2008, noviembre 6). Sentencia 1.687. M. P: Carmen Zuleta de Merchán.

## Capítulo 3

# La Patria Potestad en el Derecho Civil venezolano. Parte sustantiva y adjetiva.

---

Por: **Sergio Campana Zerpa**

Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal

**Abogado, Universidad Católica del Táchira**

Magister en Gerencia de Empresas, Mención Mercado - Universidad Nacional Experimental del Táchira

---

En este capítulo se abordan los aspectos legales que informan la titularidad y ejercicio de la Patria Potestad como institución en Venezuela. Se hará especial énfasis en el ejercicio de la Patria Potestad y se referenciarán los casos en que proceda su privación y extinción tanto por vía principal como por vía de consecuencia. Se abordarán también, por separado, los atributos de la Patria Potestad: Responsabilidad de crianza, representación del menor y administración de los bienes de quien no ha llegado a la mayoría y está sometido a la Patria Potestad, vistos desde la perspectiva actual de la Ley Orgánica para la protección de los niños, niñas y adolescentes (LOPNNA). Para complementar el panorama se abordará sucintamente la obligación de manutención y su relación con la Patria Potestad, así como el régimen de convivencia familiar en los casos de que padres e hijos no vivan bajo el mismo techo y, por último, las legalmente requeridas autorizaciones para viajar por parte de los padres.

---

### La Patria Potestad en Venezuela: Titularidad y ejercicio. Privación y extinción de la Patria Potestad.

Habiendo quedado claro que la Patria Potestad se ejerce fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos y procurando el interés superior de estos, la Ley Venezolana, Ley Orgánica para la protección de los niños, niñas, y adolescentes, (Venezuela, Congreso de la República Bolivariana de Venezuela, 2007) en armonía con la evolución histórica experimentada por la institución, ha desarrollado los preceptos constitucionales expuestos en el capítulo anterior de este libro, privilegiando la filiación de manera que la titularidad y el ejercicio de la Patria Potestad correspondan, únicamente a los padres, siempre y cuando la filiación esté legalmente reconocida, quienes la ejercen en forma conjunta y en beneficio de los hijos.

Uno de los principios rectores de la institución de la Patria Potestad es el *favor filii*,<sup>1</sup> es decir, que el ejercicio de ella sea en función y beneficio del hijo. En efecto, luego de haber sido concebida por siglos como un poder absoluto del *pater*<sup>2</sup> con capacidad de disposición sobre la persona y los bienes del hijo, la evolución sostenida que se ha producido en los dos últimos siglos ha estado centrada en procurar un régimen de protección que atienda los intereses y el cuidado del débil de la familia de manera que los poderes ostentados lo sean en función de una misión protectora. (Morales, 2002, p. 790, 791).

El interés superior del niño o adolescente, conforme al criterio sostenido por el máximo Tribunal, en la Sentencia 1917 (Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. 2003) es un concepto jurídico indeterminado, que consiste en el amplio margen de discrecionalidad razonable que tiene el Juez o Jueza que lo aplica a un caso concreto, quien cuenta con la libertad para la apreciación de lo que es más beneficioso o conveniente para el niño, niña o adolescente, sin que ello implique arbitrariedad ni irracionalidad, porque la propia Ley y el control judicial imponen los límites que reducen la discrecionalidad de los jueces a través de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

---

<sup>1</sup> Principio informador de la Legislación en Derecho de familia.

<sup>2</sup> La locución latina “pater familias” entendida como padre de familia.



Así se consigue que el Artículo 349 LOPNNA, (Venezuela, Congreso de la República Bolivariana de Venezuela, 2007), establezca:

La Patria Potestad sobre los hijos e hijas comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, corresponde al padre y a la madre y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos e hijas.

A pesar de dedicarle Artículos aparte a los casos de los hijos habidos fuera del matrimonio o uniones estables de hecho<sup>3</sup> y a los casos de crisis matrimoniales que conllevan la separación de cuerpos, divorcio o incluso la declaratoria de nulidad del matrimonio, no ha querido la Ley Venezolana que la condición de los padres y los vínculos de ellos entre sí, es decir, la pareja, puedan influir en la titularidad y ejercicio de la Patria Potestad.

Así, citando el mismo cuerpo normativo LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) pero en su Artículo 350, se encuentra:

En los casos de hijos e hijas comunes habidos fuera del matrimonio o de las uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, la Patria Potestad corresponde y la ejercen conjuntamente el padre y la madre.

Como se puede observar, la situación del menor sometido a Patria Potestad no cambia si ha sido concebido dentro o fuera de un matrimonio o dentro o fuera de una unión estable de hecho, como tampoco va a cambiar, en principio y en el caso de divorcio -salvo que el mismo haya sido declarado con lugar por haberse comprobado el conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución, o la adición alcohólica u otras formas graves de fármaco dependencia que hagan imposible la vida en común, así se establece en el Artículo 185, numerales 4 y 6 del Código Civil (Venezuela. Congreso de la República, 1982) - separación de cuerpos o nulidad del matrimonio, pues a pesar de que la citada LOPNNA, en su Artículo 351 (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) faculta al Juez para dictar las medidas provisionales, limita a que estas estén relacionadas con la custodia, régimen de convivencia familiar y con la obligación de manutención, dejando, como regla general, incólume la titularidad de la Patria Potestad salvo en el caso de divorcio fundado en las causales antes señaladas tal como se explicará más adelante.

Siguiendo a Gómez (1992, p. 301) y su referencia a “las bases filosóficas sobre las cuales se edifica la institución de la Patria Potestad” citado en el capítulo anterior, y que son el beneficio y la protección del menor y no el provecho personal de los padres; y a Morales (2002, p. 790, 791) antes citada con su *favor filii*, premisas que han sido acogidas por la Constitución Nacional y desarrolladas por los legisladores en la LOPNNA, y teniendo como norte el interés superior del niño o adolescente; en caso de que los padres, incumpliendo sus obligaciones morales y legales, no estén procurando el beneficio y protección de sus hijos, en defensa de estos, se afectará, con intervención judicial, el ejercicio de la Patria Potestad mediante la privación de la misma; o incluso la titularidad de la Patria Potestad mediante la declaratoria judicial de extinción.

### **Privación de la Patria Potestad**

Para poder ser realmente la Patria Potestad una institución de protección, como una manera de limitar o despojar al padre de la autoridad sobre sus hijos, se requiere en algunos casos de la intervención judicial aunque, como ha quedado sentado, sea esta intervención la mínima necesaria. La privación y extinción judicial de la Patria Potestad constituyen en vivo ejemplo de ello.

La privación de la Patria Potestad es una circunstancia, que de manera temporal, afecta el ejercicio de la potestad al padre que, faltando a sus obligaciones e incumpliendo sus deberes

---

<sup>3</sup> Se recomienda la lectura de “Uniones de hecho” Roa de Roa, F., 2013, UCAT.

fundamentales, ha atentado contra el interés superior de sus hijos en general o de alguno de ellos de manera particular.

La privación de la Patria Potestad en Venezuela debe ser declarada judicialmente a solicitud del otro padre aun cuando no esté en ejercicio de la Patria Potestad; o del Ministerio Público actuando de oficio o a solicitud del hijo a partir de los 12 años, de los ascendientes y demás parientes de este dentro del cuarto grado de consanguinidad, de la persona que ejerza la responsabilidad de crianza o del Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Vale acotar que el máximo Tribunal de la República Bolivariana de Venezuela ha venido interpretando que los ascendientes y demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, así como la persona que ejerza la responsabilidad de crianza, pueden bien actuar directamente ante el Juez competente o bien requerir al Ministerio Público que, en defensa y protección de los derechos del menor afectado, intente la acción ante el Tribunal. Así lo establece en la Sentencia 1763 (República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 2007)

La solicitud de privación debe tener como fundamento la comprobación, en cabeza de alguno de los padres cuya filiación esté legalmente reconocida, de una o más de las causales establecidas en el Artículo 352 de la LOPNNA, 2007, es decir, cuando:

- a.- Los maltraten física, mental o moralmente.
- b.- Los expongan a cualquier situación de riesgo o amenaza a los derechos fundamentales del hijo o hija.
- c.- Incumplan los deberes inherentes a la Patria Potestad.
- d.- Traten de corromperlos o prostituirlos o fueren conniventes en su corrupción o prostitución.
- e.- Abusen de ellos o ellas sexualmente o los expongan a la explotación sexual.
- f.- Sean dependientes de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas u otras formas graves de fármaco dependencia que pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos o hijas, aun cuando estos hechos no acarreen sanción penal para su autor o autora.
- g.- Sean condenados o condenadas por hechos punibles cometidos contra el hijo o hija.
- h.- Sean declarados entredichos o entredichas.
- i.- Se nieguen a prestarles la obligación de manutención.
- j.- Inciten, faciliten o permitan que el hijo o hija ejecute actos que atenten contra su integridad física, mental o moral.

Debe dejarse claro que el Juez, al momento de pronunciarse sobre la privación de la Patria Potestad debe evaluar, por imperio del mismo Artículo 352 antes citado en su aparte final, la gravedad, reiteración, arbitrariedad y habitualidad de los hechos de manera que no todo incumplimiento de los padres conlleva la privación de la Patria Potestad afectando su ejercicio, sino que se debe tratar de un incumplimiento grave y, al menos, culposo.

Hace la Ley la salvedad en cuanto a que la falta o carencia de recursos materiales por parte de los padres, por sí sola, no constituye causal de privación, imponiendo en ese caso al padre la obligación de acudir a los programas sociales del Estado para garantizar la subsistencia y desarrollo de sus hijos en procura siempre del beneficio de estos y de la integridad familiar.

Se refería anteriormente que la privación es una sanción temporal impuesta a los padres que han incumplido sus obligaciones y que afecta el ejercicio de la Patria Potestad de manera temporal pues la Ley Venezolana establece la posibilidad, por una sola vez, de restituir al padre el ejercicio de la misma.

La restitución del ejercicio de la Patria Potestad procede, después de dos años de haber quedado definitivamente firme la Sentencia que privó al padre, siempre y cuando se pruebe judicialmente la cesación de la causal o causales que motivaron la privación. Así como se requiere la intervención del Juez para declarar la privación, también la se va a requerir para declarar la restitución, no procediendo esta de pleno derecho. El Juez competente, en todo caso, decretará la restitución a solicitud expresa de parte interesada si, después de haber oído al hijo afectado; al otro padre que esté en ejercicio de la Patria Potestad si fuera el caso y si no lo fuere a quien tenga la responsabilidad de crianza del menor; al Ministerio Público; a la persona que interpuso la acción de privación y al Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, lo considera conveniente para el niño o adolescente, todo de conformidad con las previsiones del Artículo 355 de la ya antes citada LOPNNA del 2007.

### **Extinción de la Patria Potestad**

A diferencia de la privación, la extinción que viene a constituir otra de las formas como el Estado interviene en la familia, no afecta el ejercicio de la Patria Potestad de manera temporal, afecta la titularidad de la Patria Potestad y de manera definitiva, es decir, no hay posibilidad alguna de restitución.

Conforme a la Ley (LOPNNA, 2007) en su Artículo 356 procede la extinción de la Patria Potestad en los siguientes casos:

- a.- Mayoridad del hijo o hija.
- b.- Emancipación del hijo o hija.
- c.- Muerte del padre, de la madre, o de ambos.
- d.- Reincidencia en cualquiera de las causales de privación de la Patria Potestad, previstas en el Artículo 352 de esta ley.
- e.- Consentimiento legal para la adopción del hijo o hija, excepto cuando se trate de la adopción del hijo o hija por el otro cónyuge.

Las razones absolutas como la mayoría y emancipación afectarán por igual la titularidad para ambos padres pues implica que la persona sale de la Patria Potestad, por el contrario, las demás causales pudieran implicar la extinción de la Patria Potestad en lo que respecta a uno solo de los padres.

En el caso de la reincidencia, declarada judicialmente, en cualquiera de las causales de privación procedería la extinción y es lo que conoce la doctrina nacional como la extinción judicial por vía principal ya que se acude al Juez competente precisamente a solicitar la afectación de la Patria Potestad. Se trata del padre que habiendo sido privado de la Patria Potestad, el Juez lo ha restituido en el ejercicio de la misma pero reincide en cualquiera de las causales de privación. En este supuesto el Juez ya no va a declarar una segunda privación sino que procederá en forma directa a declarar la extinción.

Adicionalmente a las causales de extinción del citado Artículo 356, la LOPNNA, en el párrafo segundo del Artículo 351, establece lo que se conoce como la extinción incidental de la Patria Potestad o por vía de consecuencia. Se da esta extinción en el caso de que el Juez que conozca del juicio de divorcio declare el mismo con fundamento en las causales 4 o 6 del Artículo 185 del Código Civil (Venezuela. Congreso de la República de Venezuela, 1982), es decir, el conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución, o la adición alcohólica u otras formas graves de fármaco dependencia que hagan imposible la vida en común. La Ley impone la obligación al Juez que declare con lugar el divorcio por una causal tan grave como las señaladas y que indudablemente han puesto en riesgo y peligro a los hijos a quienes se han afectado sus derechos y garantías, que incidentalmente, por vía de consecuencia, pero en el mismo proceso y en la misma Sentencia, declare la extinción de la Patria Potestad respecto al padre culpable.

Paradójicamente, la misma acción por parte de alguno de los padres (corrupción o prostitución de uno de los hijos o dependencia de sustancias alcohólicas, estupefacientes o psicotrópicas) puede significar la privación de la Patria Potestad si se acude al Juez con la directa y expresa intención de proteger al menor y castigar al padre culpable; o la extinción de la Patria Potestad si se acude al Juez no en defensa de los derechos e intereses del menor afectado, sino en defensa de los derechos e intereses del cónyuge que, no dispuesto a soportar esta situación, impetra el divorcio.

Todas las decisiones judiciales, con fundamento en el principio de la doble instancia vigente en Venezuela, quedan sujetas a revisión por parte del Juez Superior siempre y cuando la parte perdedora así lo solicite.

### **Responsabilidad de Crianza: La custodia. Atribución. Revisión y modificación de la responsabilidad de crianza.**

Conforme a la Ley que regula esta materia (LOPNNA, 2007), se tiene:

Artículo 358. La Responsabilidad de Crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes.

A renglón seguido, el mismo instrumento legal, dispone:

Artículo 359. El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad tienen el deber compartido, igual e irrenunciable de ejercer la Responsabilidad de Crianza de sus hijos o hijas, y son responsables civil, administrativa y penalmente por su inadecuado cumplimiento. En caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o de residencias separadas, todos los contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercida conjuntamente por el padre y la madre.

Resulta claro entonces que, aun después del divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o sí, por cualquier razón, el padre y la madre que ostentan la Patria Potestad y no están afectados en el ejercicio de la misma, tienen residencias separadas, la responsabilidad de crianza es un deber compartido, ejercido simultáneamente por ambos:

Dentro de los atributos de la Patria Potestad, la responsabilidad de crianza es el más importante, ya que gira alrededor de la vida personal del hijo, comprende cuidado, amor, cariño, comprensión, vigilancia, corrección, manutención, vivienda, vestido, recreación, responsabilidad, significa vivir con el hijo. (Mazuera, 2013, p. 256).

Diferente regulación tiene en el derecho venezolano la custodia, eje central del atributo de responsabilidad de crianza, ya que esta implica necesariamente el contacto directo con la persona del menor, es decir, la convivencia con él. Obviamente, en caso de que los padres tengan residencias separadas, no podrán ambos vivir con el hijo, es decir, no podrán ambos tener la custodia. En este caso dispone el antes citado Artículo 359 materia (LOPNNA, 2007) en su primer aparte:

Para el ejercicio de la Custodia se requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, deben convivir con quien la ejerza. El padre y la madre decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos o hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercido por el padre y la madre: Excepcionalmente, se podrá convenir la Custodia compartida cuando fuere conveniente al interés del hijo o hija.

Si, después de la recomendada conciliación y de haber oído al hijo, los padres no se ponen de acuerdo en cuanto a cuál de ellos ejercerá la custodia o si, excepcionalmente, fuera conveniente para el menor una custodia compartida, cualquiera de ellos o el propio hijo podrá acudir al Juez para que este intervenga y decida lo más conveniente al interés superior del niño o adolescente. En este caso la propia Ley, en norma que ha sido cuestionada por la doctrina nacional, privilegia a la madre creando preferencia a favor de ella para la custodia de los menores de hasta 7 años. El Juez podrá, además, revisar y modificar sus decisiones siempre teniendo como norte el interés superior del menor de edad sometido a Patria Potestad.

Limita el Artículo 362 de la tantas veces citada LOPNNA (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) la concesión de la custodia al padre o madre que haya incumplido injustificadamente con su obligación de manutención, salvo que haya habido expresa y judicial rehabilitación después de haber cumplido fielmente, durante por lo menos un año, con los deberes inherentes a la obligación de manutención.

### **La representación del menor y la administración de sus bienes: Titularidad, extensión, responsabilidad.**

La Ley especial que regula a los niños y adolescentes, y a la que reiteradamente se ha venido haciendo referencia LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007), en cuanto a los atributos de la representación de los hijos sometidos a Patria Potestad y la administración de sus bienes, remite de manera expresa al Código Civil, norma subsidiaria en la materia. Al referirse a la regulación legal que, de estos atributos, hace el Código Civil (Venezuela. Congreso de la República, 1982), por cuanto la normativa principal y especial de la materia LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) guarda silencio al respecto.

Consciente de la incapacidad negocial que tienen los hijos sometidos a Patria Potestad por su minoridad y para subsanar la misma, la Ley por una parte establece la representación de los hijos y por otra delega en los padres la administración de sus bienes en caso de que los tuvieran. Ambos atributos serán ejercidos, también en forma conjunta, por los dos padres si ambos estuvieran en ejercicio de la Patria Potestad. Obviamente si solo uno estuviera en ejercicio de la potestad, este de manera individual ejercerá, además de la responsabilidad de crianza en toda su amplitud, la representación del menor y la administración de sus bienes.

El Código Civil (Venezuela. Congreso de la República, 1982) deja sentado:

Artículo 267. El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes.

Sin embargo, de manera excepcional, El Código Civil, Artículos 208, 267, 268, 270, 275, 277. (Venezuela. Congreso de la República, 1982) prevé la posibilidad de que, en ciertos y determinados casos, la representación del menor y la administración de sus bienes pudiera llegar a corresponder a uno solo de los padres o, incluso, a una persona diferente.

La representación de los padres es amplia y se extiende a todos los actos a excepción de los personalísimos tales como el matrimonio o el testamento y los actos para los que la Ley excepcionalmente ha facultado al menor como, por ejemplo, el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos.

### **Obligación de manutención: Concepto y extensión. Determinación y cumplimiento. Extinción.**

La manutención, por imperio de la Ley, establece en el Artículo 465 LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) comprende todo lo relacionado al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño, niña y adolescente.

En principio la obligación de manutención corresponde al padre y a la madre respecto a sus hijos que no han alcanzado la mayoría y, como es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida y no de la Patria Potestad, subsiste aun en los casos de privación o extinción de la Patria Potestad o cuando no se tenga la responsabilidad de crianza.

Subsidiariamente si los padres hubieran fallecido, no tuvieran medios económicos, o estuvieran impedidos, la obligación de manutención puede recaer en hermanos mayores, ascendientes por orden de proximidad, parientes colaterales hasta el tercer grado, incluso sobre la persona que represente al menor o sobre la persona a quien se le hubiera otorgado la responsabilidad de su crianza. En este caso, y si no hubiera acuerdo, el Juez atendiendo al interés tutelado, fijará la proporcionalidad y prorratio de la obligación de manutención. Como se define en los Artículos 368, 371 y 372, LOPNNA. (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007).

La determinación del monto que pudiera corresponder por este concepto es absolutamente variable de menor a menor (situacional) y corresponde en primer caso a los padres quienes, se supone, conocen mejor que nadie su capacidad económica y además conocen las necesidades particulares de sus hijos. Sin embargo, si no hubiere acuerdo entre ellos podrá el interesado acudir al Juez para que este haga la determinación con fundamento en el Artículo 369 de la LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) que dispone:

Artículo 369. Para la determinación de la obligación de manutención, el juez o jueza debe tomar en cuenta la necesidad e interés del niño, niña y adolescente que la requiera, la capacidad económica del obligado u obligada, el principio de unidad de filiación, la equidad de género en las relaciones familiares y el reconocimiento del trabajo de hogar como actividad económica que genera valor agregado y produce riqueza y bienestar social.

Con la intención manifiesta de facilitar la actualización monetaria en una economía inflacionaria como la venezolana la Ley, sin perjuicio de la revisión que en cualquier momento puede hacer el Juez, ha previsto que la cantidad a pagar por concepto de obligación de manutención se fijen una suma de dinero de curso legal, para lo cual se tomará como referencia el salario mínimo mensual que haya establecido el Ejecutivo Nacional, para el momento en que se dicte la decisión. El pago, salvo que las partes fijen otra cosa en convenio homologado por el Juez, debe hacerse por adelantado y en moneda de curso legal no pudiendo obligar al beneficiado a recibir pagos en especies, como se establece en los Artículos 369, 370, 375 y 382 LOPNNA. (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007).

Mención especial merece la equiparación que, en desarrollo de preceptos constitucionales, hace la LOPNNA, entre los hijos que vivan o no con el obligado. Dispone:

Artículo 373. El niño, niña o adolescente que, por causa justificada, no habite conjuntamente con su padre o con su madre, tiene derecho a que la Obligación de Manutención sea, respecto a él o a ella, en calidad y cantidad igual a la que corresponde a los demás hijos, hijas o descendientes del padre o de la madre que convivan con éstos o éstas.

Tristemente la jurisprudencia no ha aprovechado mejor esta norma y se ven muchos casos en que los hijos dentro del matrimonio gozan de un nivel de vida muy superior al que, con la manutención que han acordado los padres o con la que ha fijado el juez, pueden alcanzar los hijos fuera del matrimonio, viendo afectado así su derecho a la igualdad y no discriminación.

El derecho que tienen los menores a recibir la manutención es irrenunciable e inalienable pero prescribirá a los 10 años. La obligación de manutención se extinguirá por la muerte del beneficiado, o por haber este alcanzado la mayoría salvo que padezca discapacidades físicas o mentales que le impidan proveer su propio sustento, caso en el cual la obligación se prolongará indefinidamente; o cuando esté cursando estudios que, por su naturaleza, le

impidan la realización de trabajos remunerados, extendiéndose en este caso la obligación, previa autorización judicial, hasta que el beneficiario cumpla los 25 años de edad. Como se establece en el Artículo 383 LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007). Se insiste que al no ser la obligación de manutención una consecuencia de la Patria Potestad no se extingue con la privación o extinción de esta.

### **Convivencia familiar: Contenido. Ejercicio. Fijación y extensión del régimen de convivencia familiar.**

A partir del 2007, con la reforma de la LOPNNA, se modificó la denominación que se le da en Venezuela a lo que universalmente se conoce como derecho de visita:

El derecho de visita o de convivencia familiar ha sido considerado como un conjunto de facultades para relacionarse entre sí, padres e hijos, en situaciones que dificultan la convivencia entre ellos, debido a la crisis matrimonial o a la ruptura de la unión de hecho, en fin cuando no pueden desarrollarse de forma normal por la falta de convivencia. Se pretende con esto fomentar las relaciones humanas y afectivas entre padres e hijos, de manera que el padre que no habite con el hijo tenga un contacto habitual y así evitar que en el futuro se convierta en un extraño para el hijo. (Mazuera, 2013, p. 266).

Comprende no solo el acceso a la residencia del menor sino también la posibilidad de llevarlo, previa autorización, a un lugar distinto y cualquier otra forma de contacto o comunicación inclusive por vía electrónica. Así se establece en LOPNNA. (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007).

Si bien tradicionalmente se habían visto las visitas (ahora convivencia familiar) como un “derecho” de los padres que no convivían con sus hijos, hoy día hay acuerdo en la doctrina venezolana en que se trata de un derecho-función establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos (*favor filii*), quienes tienen derecho constitucional y legal a conocer y tener contacto con sus progenitores, a la par de un deber ético de los padres. Por tanto, persiguiendo siempre el interés superior del beneficiario (niño, niña o adolescente) puede ser revisado, modificado o suspendido en cualquier momento.

A falta de acuerdo entre los padres con la participación protagónica de los hijos, el régimen de convivencia será fijado por el Juez a solicitud de cualquiera de ellos o del propio hijo. La LOPNNA, en su Artículo 387 (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) faculta al Juez para que, en casos graves y urgentes, fije un régimen de convivencia familiar provisional de manera de no seguir afectando el derecho del hijo a mantener contacto con ambos padres.

En resguardo y protección del menor, el Juez también está facultado para fijar un régimen de convivencia familiar supervisado (fuera de la sede del tribunal) cuando existan indicios o amenazas fundadas de violaciones a los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, facultad discrecional del Juez que le permite así mismo limitarle temporalmente la convivencia al padre que, sin justificación, haya incumplido la obligación de manutención, y también para negar el régimen de convivencia en caso de amenazas o violaciones graves y probadas a los derechos y garantías del niño o adolescente, siempre ateniéndose al interés superior del menor. Por consideración legal en LOPNNA en su Artículos 387 y 389, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007).

Ha dejado sentado el Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia 1739, (República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 2009) en cuanto al régimen de convivencia familiar supervisado, que se debe regir por los principios de excepcionalidad y provisionalidad en consonancia con el principio de mínima intervención del Estado, que justifica su intervención en las relaciones familiares sólo en forma excepcional y provisional, durante el tiempo más breve posible y únicamente cuando existan fundados indicios de amenazas o violaciones en contra de tres derechos en concreto: la vida, la salud y la integridad personal:

El derecho de convivencia como función implica una serie de deberes durante su ejercicio, como el de alimentar al hijo, darle vivienda, vestido, recreación, afecto, vigilarlo mientras el hijo se encuentre con él, sobretodo en el caso de que se trate de una estancia, una visita prolongada. (Mazuera, 2013, p. 270).

En caso de incumplimiento, establece la Ley una doble sanción dependiendo del sujeto activo de la violación. En primer lugar, el padre o la madre que obstaculice el disfrute efectivo del derecho del niño, niña o adolescente a mantener relaciones y contacto directo con su padre o madre, podrá ser privado o privada de la Custodia. Se trata aquí de una sanción para quien, teniendo la custodia del niño, niña o adolescente, impida, limite o dificulte que el progenitor o beneficiario de la convivencia entre en contacto con el menor. En segundo lugar, cuando el padre o madre sustraiga o retenga indebidamente al hijo (el caso de no reintegrarlo al hogar en la oportunidad convenida puede tipificarse como retención), será conminado por el Juez a hacerlo de manera inmediata y responderá por los daños y perjuicios causados, entre ellos la restitución de todos los gastos. Como se establece en los Artículos 389-A LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007).

El abuso en el ejercicio de este derecho por parte del padre que no tenga la custodia, por ejemplo en el caso de influir negativamente en el hijo o no dedicarle el tiempo y la responsabilidad que dada su edad y condiciones pueda requerir, deberá ser corregido por el Juez haciendo uso de los amplios poderes discrecionales que la Ley le otorga y teniendo siempre como norte el interés superior del niño, niña o adolescente.

### **Autorizaciones para viajar: Justificación. Atribución. Intervención Judicial.**

La norma rectora en el derecho de niños y adolescentes LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007), limita el derecho constitucional para trasladarse libremente dentro y fuera del territorio nacional a los menores de edad. Marca diferencia el hecho de que el traslado físico del menor sea dentro o fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela.

En el primero de los casos, es decir, un viaje nacional, le preocupa a la Ley que por la ingenuidad de algún niño, por la rebeldía a veces típica de un joven, o por cualquier otro motivo el menor de edad pudiera voluntaria o involuntariamente alejarse de su hogar sin la debida compañía de alguno de sus padres con los riesgos que eso conlleva. Por ello establece la exigencia en el Artículo 391 LOPNNA, (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007), de que para viajar dentro del país, el menor debe estar acompañado por, al menos, uno de los progenitores o por su representante o responsable legal. Si las necesidades cotidianas llegaran a imponer o recomendar que el menor viaje sin esa compañía, puede ser sustituida la misma por una autorización expedida por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por una jefatura civil o mediante documento autenticado.

Caso distinto es el de un viaje fuera del país, pues la Ley teme la posibilidad de una sustracción y retención internacional por parte de uno de los padres en perjuicio del hijo y del otro progenitor; en ese caso la LOPNNA en su Artículo 392 (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007), establece que el menor bajo potestad de los dos padres, esté acompañado no por uno solo de ellos sino por ambos. Por supuesto que, por razones prácticas, esa compañía puede ser sustituida por una autorización, en este caso, expedida en documento autenticado o por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Obviamente si el niño o adolescente está bajo la potestad de uno sólo de los padres por falta de reconocimiento del otro o por privación o extinción de la Patria Potestad, podrá viajar con el único padre que ejerce potestad sobre él o con la única autorización de este.

Previendo la posibilidad de que no haya acuerdo entre los padres y de que uno de ellos por razones injustificadas, posiblemente hasta caprichosas, y en detrimento del hijo se negare a dar su autorización para el viaje, la norma rectora LOPNNA, en su Artículo 393 (República Bolivariana de Venezuela, Congreso de la República, 2007) ha previsto la intervención del Juez



quien, a solicitud de uno de los padres o del propio hijo si tiene más de 12 años, y atendiendo al interés superior del menor, tiene la potestad de autorizar el viaje sustituyendo la autorización paterna.

### Referencias

- Gómez Piedrahita, (1992). *Derecho de familia*. Bogotá: Temis
- Mazuera, R. (2013). La Patria Potestad. Generalidades. *Manual de Derecho civil personas. Venezuela, Fundesde*. p. 256.
- Morales, G (2002). Las relaciones paterno filiales bajo el régimen de la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. República Bolivariana de Venezuela. Congreso de la República. (1982, Julio 26). Código Civil.
- República Bolivariana de Venezuela. Congreso de la República. (2007, Diciembre 10). Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes (LOPNNA)
- República Bolivariana de Venezuela. Congreso de la República. (2009, Septiembre 15). Ley Orgánica de Registro Civil.
- República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2003, Julio 14). Sentencia 1917. M.P.: Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2007, Agosto 14). Sentencia 1763. M.P.: Pedro Rafael Rondón Haaz.
- República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2008, Noviembre 06). Sentencia 1.687. M.P.: Carmen Zuleta De Merchán.
- República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2009, Diciembre 17). Sentencia 1.739. M.P.: Pedro Rafael Rondón Haaz.

## Capítulo 4

# Las decisiones judiciales en relación a los derechos derivados de la Patria Potestad y su efectividad en Venezuela.

Por: **Marjorie Patricia Mattutat Muñoz**

Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal

**Abogada, Universidad Católica del Táchira.**

Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad de los Andes

---

En este capítulo se hace un análisis sobre la naturaleza jurídica del régimen de Patria Potestad y su protección a través de los órganos, parte del poder judicial competente en Venezuela, cuando su intervención es necesaria por el incumplimiento de los deberes que le son impuestos a los padres o por la extralimitación en el ejercicio de los poderes que le son atribuidos en ejercicio del régimen. Pretende indicarse, de manera sucinta, cómo funciona el sistema judicial de protección del niño y el adolescente desde el punto de vista del Derecho civil y de familia, potestades y deberes de los jueces y auxiliares de justicia en los procesos judiciales, así como las posibilidades y formas de ejecución de las decisiones dictadas, todo en el marco del resguardo del interés superior de los niños y adolescentes involucrados.

---

### **La Patria Potestad: naturaleza jurídica de los poderes concedidos a los padres y la finalidad de las decisiones dictadas sobre el régimen.**

Originariamente, en el Derecho romano, la Patria Potestad era concebida como un poder absoluto atribuido al *pater familia*, según la cual los poderes atribuidos al jefe de la familia eran ilimitados y establecidos en función de su interés personal y no del de la familia o de aquél sobre quien recaía el régimen. Dicha concepción, tal y como fue indicado anteriormente, ha sido abandonada por el Derecho moderno. Por ello, en la actualidad, la Patria Potestad es considerada como un régimen de protección, como un *oficio privado* que corresponde a los padres respecto de sus hijos, niños o adolescentes (menores de edad) no emancipados y con una finalidad específica de protección y cuidado de los intereses superiores de los hijos (Hung, 2006, p. 302). El considerar a la Patria Potestad como un oficio implica, entonces, que se concibe como una actividad desempeñada exclusivamente en interés de un tercero (los hijos) y para el cual se le imponen a los padres deberes y se le atribuyen ciertos poderes (Gorron dona, 2000, p. 235).

En este sentido, la Patria Potestad forma parte de los denominados poderes familiares, como un poder en sentido propio, individual (corresponde a cada uno de los padres por igual) y encaminado al cuidado de la persona y el patrimonio de un incapaz (Cicu, citado por Grisanti, 2002 p. 33), en este caso el niño o adolescente, quien por su corta edad se encuentra en la necesidad de recibir protección y atención y, particularmente, recibirlas de quienes se consideran sus protectores naturales, es decir, sus padres. Tratándose de un poder familiar, debe entenderse que existe en razón de la función que cumplirá el régimen, cuya finalidad específica es la de consagrar los intereses de la familia y, en especial, de los hijos niños o adolescentes; es por ello que los poderes que se atribuyen a los padres en ejercicio del régimen son reconocidos como poderes-deberes y no como poderes-derechos. No se trata de facultades o prerrogativas otorgadas a los padres en su interés personal, que se constituyen como verdaderos derechos frente a sus hijos (quienes tendrían un deber correlativo frente a ellos) y que pueden ejercitarse de manera ilimitada, sino de ciertas atribuciones conferidas con la finalidad de salvaguardar los intereses de sus hijos menores, es decir, que existen y deben ser ejercidos en protección de esos intereses y en beneficio de los propios destinatarios de los mismos, los hijos.

En este sentido, (Grisanti, 2002, p. 32) “(...) las posibilidades de actuación que el poder familiar proporciona, las facultades que atribuye, son un derivado de la función y por ella están limitadas (...)” y, consecuencialmente, esa función “debe” ejercerse, no es potestativo del titular, no cabe aquí la libertad que acompaña al titular de cualquier derecho de hacerlo valer o no, pues no se trata de simples derechos sino de poderes-deberes. La Constitución venezolana contempla en el Artículo 76 este deber del padre y la madre, de manera compartida e irrenunciable de “(...) criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos (...)” y, en el Artículo 78 el deber del Estado, las familias y la sociedad de asegurar la protección integral de los niños y adolescentes, tomando en cuenta su interés superior en todo cuanto a ellos concierna (Venezuela, Asamblea Constituyente, 1999). La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>4</sup>, siguiendo al precepto constitucional, define en su Artículo 347 la Patria Potestad como “(...) el conjunto de deberes y derechos del padre y la madre en relación con sus hijos e hijas que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos (...), (Venezuela, Asamblea Nacional, 2007) definición que ha sido objeto de críticas en la doctrina nacional, pues califica las facultades de los padres en el régimen como “derechos” y no como poderes, en el sentido aquí indicado (Hung, 2006, p. 302).

Pero, además, la referida Ley especial desarrolla la norma constitucional citada y contempla, en su Artículo 8, la definición y regulación del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, como un principio de interpretación y aplicación de esa Ley, de obligatorio cumplimiento y que está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno de sus derechos y garantías. Es así, como éste se constituye en el principio rector en la materia, regulador y delimitador de la función de los padres respecto de sus hijos y del Estado para el cumplimiento de su deber de protección a las familias y, en especial, a los niños y adolescentes.

De manera que, los deberes y poderes que los padres cumplirán y desarrollarán en el ejercicio del régimen de Patria a Potestad, estarán regidos, dirigidos e inspirados, siempre, en el interés superior del niño o adolescente y las decisiones, ya sean personales, propias de los padres o del Estado a través de cualquiera de sus órganos con competencia en la materia, deben fundamentarse y tener por norte, ante todo, la protección de ese interés superior y, en consecuencia, la materia escapa al interés particular, a la esfera netamente privada de las partes. Por esta razón, está reglamentada en su mayoría por normas de orden público, de observación obligatoria y el Estado puede y debe intervenir, a través de los diferentes órganos del sistema de protección integral del niño y el adolescente, para garantizar su cumplimiento.

### **Función del Estado Venezolano a través de los órganos judiciales del Sistema Rector Nacional de Protección Integral para garantizar la tutela judicial efectiva y el interés superior de los niños y adolescentes en los procesos judiciales.**

Según lo dispuesto en el Artículo 117 de la LOPNNA, el Sistema Rector Nacional de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes es el conjunto de órganos, entidades y servicios encargados de crear y ejecutar todas las políticas de protección y atención de niños y adolescentes y establecer los medios por los cuales se asegura el goce efectivo de los derechos y garantías de éstos y el cumplimiento de los deberes impuestos por la ley en resguardo de esos derechos. Este sistema, según lo dispuesto en el Artículo 119 de la Ley, está conformado por: a) órganos de carácter netamente administrativo, teniendo en la cúspide de la pirámide al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de protección integral de niños y adolescentes y entre los cuales se encuentran los Consejos de Derechos y Consejos de Protección, las Entidades de Atención y los Consejos Comunales; b) por órganos jurisdiccionales que son los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo a los equipos multidisciplinarios como servicio auxiliar del tribunal y, c) por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Servicio Autónomo

---

<sup>4</sup> En adelante identificada por su sigla LOPNNA.

de la Defensa Pública y las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes que cumplen funciones tanto en el ámbito administrativo como judicial. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2007).

De esa manera la ley especial desarrolla el precepto constitucional contemplado en el Artículo 78 de la Carta Magna y con su creación y funcionamiento el Estado Venezolano pretende dar cumplimiento a su deber de garantizar la protección integral de niños y adolescentes.

Para circunscribirse al tema que en este momento ocupa, se dejará de lado la función de los órganos de carácter administrativo y se centrará en los órganos de orden jurisdiccional y en el Ministerio Público que, aun cuando no es un órgano eminentemente jurisdiccional, tiene participación determinante en el proceso judicial en el cual estén involucrados derechos e intereses de niños y adolescentes.

En primer lugar, los tribunales de protección de niños y adolescentes, como jurisdicción especial creada desde la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el año 1998 (manteniéndose en su reforma parcial del año 2007), son los competentes para conocer de cualquier asunto en el cual estén involucrados, de manera directa o indirecta, los derechos, garantías e intereses de los niños y/o adolescentes, ya sean éstos asuntos de familia, de carácter contencioso o de jurisdicción voluntaria, asuntos provenientes de los órganos administrativos del sistema, asuntos de orden patrimonial y asuntos de orden laboral, según lo dispuesto en el Artículo 177. Se trata, en teoría, de jueces que se encuentran formados en la doctrina de la protección integral del niño y el adolescente, con lo cual están preparados para atender los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva diferente a la del juez civil o de familia ordinario, atendiendo a las particularidades especiales de protección que niños y adolescentes requieren.

Junto al tribunal de protección, se encuentra un servicio auxiliar, independiente e imparcial, prestado por el Equipo Multidisciplinario, conformado por funcionarios judiciales de carrera, profesionales en diversas áreas (medicina, psiquiatría, psicología, trabajo social, legal, etc.) y que, según lo dispuesto en el Artículo 179 de la Ley especial, prestan servicios exclusivamente a los tribunales de protección, con la finalidad de "(...) brindar a la función jurisdiccional la consideración integral de factores biológicos, psicológicos, sociales y legales, necesarios en cada caso, de forma colegiada e interdisciplinaria(...)" (Venezuela, Asamblea Nacional, 2007). Se trata de un equipo que ofrece apoyo al juez en el análisis conceptual e interdisciplinario del caso, ofreciendo evaluaciones, opiniones, practicando experticias, asesorando y coadyuvando en la toma de decisiones mediante el análisis de situaciones o de testimonios de los niños y adolescentes de acuerdo con sus condiciones particulares. Así mismo, son auxiliares del tribunal en la ejecución de las decisiones que sean dictadas, a los efectos de crear un ambiente idóneo para los niños y/o adolescentes involucrados en el proceso judicial, al dar cumplimiento a lo decidido y a los posibles cambios que ello traiga consigo.

Por último, el Ministerio Público y los fiscales que lo componen con competencia en materia de protección de niños y adolescentes. La Ley especial, desde su entrada en vigencia en el año 1998, concibió al Ministerio Público como un órgano fundamental en el sistema de protección integral, con amplias facultades de inspección, vigilancia y de acción en protección del interés superior de los niños y adolescentes. Se previó la creación y formación de fiscales especializados en la materia, quienes están encargados de ejercer la acción de protección, así como todas las acciones de orden civil, familiar y penal y defender el interés de los niños y adolescentes en todos los procedimientos administrativos o judiciales. Estas funciones y atribuciones se mantienen en la vigente LOPNNA ex Artículos 169, 170 y 171.

Es así como se establece, en el Artículo 463, como requisito de validez de los procedimientos judiciales la notificación que debe hacerse a este órgano sobre la admisión de toda demanda interpuesta sobre instituciones familiares como Patria Potestad, responsabilidad de crianza, obligación de manutención, convivencia familiar, entre otras, para así garantizar su participación en el mismo.

Para complementar las disposiciones legales citadas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia 1046 (Venezuela, Sala Constitucional, 2009), sentó criterio sobre la naturaleza de la intervención del Ministerio Público en los juicios en los cuales está llamado a participar y, en ese sentido, dispuso:

“(…) tal notificación no constituye una mera formalidad, es realmente una actuación que tiene por objeto poner en conocimiento al Ministerio Público de un proceso; para que un Fiscal adscrito a ese órgano cumpla su función de manera eficaz dentro del proceso, en tanto garante de la legalidad, parte de buena fe y tutor de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, a fin de coadyuvar con el juez o jueza en la correcta aplicación del derecho y en garantizar el equilibrio del proceso (…)”

Hasta el punto que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 172 de la citada LOPNNA, su falta de notificación acarrea la nulidad de los juicios tramitados en su ausencia. Lo que lleva a la Sala en la Sentencia citada a concluir:

“(…) De tal modo que la participación del representante del Ministerio Público no debe entenderse como la de un mero espectador, por el contrario, es estelar, de donde se sigue que es éste el órgano por excelencia llamado a advertir y alertar de las ilegalidades o inconsistencias cometidas dentro de un juicio en el que pueda resultar perjudicado un niño, niña o adolescente (…)”.

De acuerdo con las normas citadas y el criterio de la Sala expuesto en la referida Sentencia, queda claro que la participación del Ministerio Público en los procesos judiciales es fundamental a lo largo de su tramitación pero, además, es importante su participación activa en el cumplimiento de las decisiones que sean dictadas, pues aun cuando corresponde a la parte el impulso procesal para la ejecución de lo decidido, es deber del Fiscal que esté en conocimiento del caso velar porque las resoluciones judiciales se cumplan y que su ejecución se produzca en las mejores condiciones posibles para salvaguardar la estabilidad integral de los niños o adolescentes involucrados. De manera que su función no termina con la decisión dictada sino que va más allá, durante la tramitación de los recursos a los que haya lugar y respecto de la ejecución de lo decidido, pues la ejecución de la Sentencia en los casos en que su participación es necesaria conforme a la LOPNNA es también parte de su responsabilidad, correspondiendo a éste instar y velar por su ejecución. (Venezuela, Sala Constitucional, 2009).

### **Ejecución de las decisiones judiciales en materia de protección de los derechos de los niños y adolescentes**

Como parte del derecho a un debido proceso y garantía del derecho a la defensa de los ciudadanos, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional, preceptuado en el Artículo 26 de la Constitución Venezolana, así:

“Artículo 26: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (…)” (Venezuela, Asamblea Constituyente, 1999).

Se trata de un derecho fundamental que garantiza a los ciudadanos el acceso a la tutela jurisdiccional de sus derechos, así como la existencia de un procedimiento judicial apegado a la Ley en todas sus instancias, la obtención de una decisión final que resuelva la controversia planteada y cuya ejecución se materialice para satisfacer o hacer valer el derecho que esté siendo objeto de esa tutela, procedimiento que deberá llevarse de manera expedita y sin dilaciones indebidas. Esta función de tutela jurisdiccional la cumple el Estado a través de los órganos del poder judicial, con la finalidad de garantizar la administración de justicia bajo los principios de legalidad, igualdad y equidad social y, por tanto, se concibe como elemento fundamental para el logro de la paz social como uno de los objetivos del Estado venezolano. (Venezuela, Sala Constitucional, 2005).

En la materia que nos ocupa, este derecho viene acompañado de la aplicación del principio rector del interés superior de niños, niñas adolescentes supra explicado, de manera que en todas las actuaciones llevadas a cabo en los procedimientos judiciales en los cuales ellos estén involucrados debe garantizarse que lo tramitado y decidido sea lo que más convenga a los niños o adolescentes objeto del proceso y, asegurando que su tramitación, decisión y ejecución sean lo más expeditas posibles, pues las situaciones en las cuales tienen interés este grupo de personas deben recibir atención inmediata y preferencial por parte de cualquier entidad, autoridad u órgano del Estado. Lo cual deviene, también, de la aplicación de otro principio rector en la materia, el de Prioridad Absoluta, contemplado en el Artículo 7 de la LOPNNA, así:

“Artículo 7: Prioridad absoluta. El Estado, la familia y la sociedad deben asegurar, con prioridad absoluta, todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. La prioridad absoluta es imperativa para todos (...)” (Venezuela, Asamblea Nacional, 2007).

Respecto de niños y adolescentes, los derechos a la justicia, a defender sus derechos y al debido proceso también están contemplados específicamente en la LOPNNA (Artículos 86, 87 y 88) con el añadido de que, de acuerdo con el principio del ejercicio progresivo de los derechos por parte de niños y adolescentes (Artículo 13), se reconoce en algunos casos sólo a los adolescentes y, en otros, también a los niños, el ejercicio personal y directo de estos derechos y la posibilidad de hacerlos valer y defenderlos ante cualquier entidad o funcionario público con competencia en la materia (Como sucede con el derecho de petición previsto en el Artículo 85. (Mattutat, 2013, pp. 221-336), para lo cual el Estado les ofrece, además, asistencia y representación legal gratuita.

Específicamente por lo que respecta a la ejecución y cumplimiento de las decisiones judiciales dictadas en asuntos relacionados con niños y adolescentes, son varios los aspectos que deben tenerse en consideración, en virtud de las características y condiciones especiales que rodean las situaciones familiares y de interés de los niños y adolescentes.

En primer lugar, por aplicación de los principios rectores mencionados, en lo que se refiere a la prioridad que debe dársele a estos asuntos, la LOPNNA contempla que la apelación contra las decisiones relativas a acción de protección, colocación familiar, régimen de convivencia familiar, obligación de manutención y responsabilidad de crianza será admitida, únicamente en el efecto devolutivo, como lo dispone el Artículo 488, garantizando la ejecución de lo decidido mientras estén en trámite los recursos a que haya lugar. Se deduce así la importancia que dio el legislador venezolano a la ejecución inmediata de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, razón por la cual ha sido criterio jurisprudencial reiterado que los jueces y demás auxiliares de justicia tienen el deber de hacer cumplir las resoluciones con la mayor diligencia y prontitud, pues por la naturaleza de la situación, ésta debe ser atendida y resuelta a la brevedad posible, quienes están habilitados y conminados, además, para ejercer las facultades conferidas por la Ley y velar por el mejor cumplimiento de las Sentencias que se dicten en esta materia. (Venezuela, Sala Constitucional, 2009).

En segundo lugar, merece especial atención la forma y el órgano competente para ejecutar esas decisiones. Y aquí resulta necesario hacer una distinción entre las decisiones de contenido patrimonial (como la obligación de manutención, reconocimiento de derechos laborales, particiones de bienes, etc.) y aquellas que carecen de ese contenido, que son de orden estrictamente familiar (custodia, convivencia familiar, restitución, etc.), pues en Venezuela tanto el procedimiento como el órgano encargado para su ejecución son diferentes.

En Venezuela, bajo la vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente de 1998 que preveía en su Artículo 179 como un servicio auxiliar del tribunal de protección del niño y el adolescente a “funcionarios ejecutores de medidas cautelares o definitivas” (Venezuela, Congreso de la República, 1998) la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, mediante resolución especial dictada al efecto en el año 2000, resolvió asignar a los Juzgados de Municipio Ejecutores de Medidas (regulados

originariamente en el Artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1998) la competencia para la ejecución de las medidas cautelares o definitivas decretadas por los tribunales de protección de niños y adolescentes, considerando que no era necesario la creación de nuevos funcionarios ejecutores sino que al existir un órgano en el poder judicial con competencias de ejecución, podía extenderse su actuación a la materia especial de niños y adolescentes. (Venezuela, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, 2000). Pero del texto de la resolución fácilmente se colige que la intención de la comisión al atribuir esta competencia se centró en la ejecución de decisiones relativas a derechos de orden patrimonial, pues habla de obligación de alimentos, embargos, retención de salario para cobro de obligación de alimentos, entre otras atribuciones, y nada dice sobre otras materias como convivencia familiar, restitución, ejercicio de la Patria Potestad y de su contenido.

No obstante, había sido una práctica común en los tribunales de protección comisionar a los tribunales municipales ejecutores de medidas para la ejecución de las decisiones que dictaran, independientemente de la naturaleza de la decisión. Incluso, en casos por ejemplo de restitución de guarda (hoy responsabilidad de crianza o específicamente custodia) era común que se solicitara la participación del órgano de policía, todo lo cual configuraba un ambiente muy poco favorable para los niños y adolescentes involucrados y sujetos directos o testigos presenciales de la ejecución.

En la reforma parcial de la Ley del año 2007 se determinó la nueva organización de los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes en circuitos judiciales, constituidos por jueces de mediación y sustanciación y jueces de juicio en primera instancia y por jueces superiores en segunda instancia y se contempló que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura determinaría en cada circuito judicial si la ejecución de las decisiones correspondería a los jueces de mediación y sustanciación o si sería necesario la creación de jueces ejecutores especializados en materia de protección de niños y adolescentes<sup>5</sup>. Posteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia fue creando y organizando, mediante diversas resoluciones, los distintos circuitos judiciales de la República en esta materia y atribuyendo a los juzgados de juicio y los de mediación y sustanciación competencias para el trámite de los juicios y la ejecución de lo decidido. Pero seguía existiendo confusión en la práctica del foro respecto a qué tribunal correspondía llevar a cabo la ejecución de las decisiones y la situación terminaba tramitándose de acuerdo al criterio personal de cada juez y a la costumbre que en cada tribunal se tenía sobre el particular.

Es en el año 2009, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentó criterio vinculante para todos los tribunales de la República sobre cómo debían llevarse a cabo las ejecuciones de las decisiones en la materia. Resolviendo un asunto de restitución de guarda (hoy responsabilidad crianza y custodia) dispuso que para salvaguardar el interés superior del niño y el adolescente la decisión debía ser ejecutada por el tribunal de protección de niños y adolescentes y, además, por el mismo juez de la causa, debido a que se trata de un juez que conoce directamente la historia familiar y los particulares del caso, está especializado en la materia y formado para saber llevar y dirigir la ejecución de la manera más apropiada para garantizar la estabilidad emocional del niño o adolescente involucrado y evitar, en la medida de lo posible, que la situación se convierta en una experiencia perturbadora y traumática para él y el grupo familiar. Con ello, dice la Sala, se propone humanizar las ejecuciones en la materia y, explica que:

...Para tal fin, considera esta Sala que, conforme a los principios constitucionales del interés superior del niño y de su protección integral, así como de acuerdo con los principios procesales de competencia y de independencia, lo conveniente es que los mismos Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente, practiquen este tipo de decisiones, que ordenan una restitución, o cualesquiera otra de la misma índole, con el auxilio, preferiblemente con la ayuda de los auxiliares de

---

<sup>5</sup> Ver Artículo 175 LOPNNA.

justicia especializados que considere pertinente o de los órganos del sistema de protección del niño y del adolescente previstos en el Artículo 119 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente que estime pertinente, de acuerdo con las circunstancias del caso, y también con la presencia del guardador reclamante, a menos que las circunstancias del caso no lo hagan conveniente.

Estima la Sala que los jueces y demás órganos del sistema de protección del niño y del adolescente se encuentran formados en la doctrina de la protección integral del niño y o adolescente y, por tanto, son los funcionarios más aptos e idóneos para el cumplimiento de la restitución de la guarda, producto de un fallo que la ordene. Y dentro de éstos, considera la Sala que específicamente y en principio, debe ser el mismo juez de la causa, esto es, la Sala de Juicio que ha dado la orden de restitución, la que practique dicha ejecución, siempre que las circunstancias territoriales lo permitan...

...En consecuencia, y en virtud de los argumentos expuestos, esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el referido Artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, reconoce a las Salas de Juicio de los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente competencia para practicar la restitución de la guarda, y de esta manera ejecutar los fallos que estas mismas Salas emitan en este tipo solicitudes relacionadas con la guarda, con el auxilio de personal especializado y de los órganos previstos en el Artículo 119 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, e incluso en presencia del otro progenitor y con el auxilio de la fuerza pública, de ser necesario. Asimismo, quedan autorizadas, conforme al mismo Código, para exhortar a otro juzgado de la misma categoría la práctica de la medida si hubiere lugar a ello. Así se establece". (Venezuela, Sala Constitucional, 2009).

De manera que, llevándose a cabo la ejecución por el mismo juez de la causa y con la colaboración de los auxiliares de justicia, entre los cuales está el equipo multidisciplinario del tribunal y el Ministerio Público, cuyas atribuciones y funciones fueron tratadas previamente, se garantiza un ambiente idóneo en resguardo del interés de los niños y adolescentes, tratando a su vez, en la medida de lo posible, no hacer más gravosa una situación ya de por sí complicada para ellos. No se olvide que al tratarse de una ejecución de la decisión definitiva dictada en el juicio, se habla de que esos niños o adolescentes deben haber estado expuestos a una situación tensa y conflictiva entre sus padres o familiares, acompañada de, seguramente, varias visitas al tribunal, consultas, reuniones, evaluaciones, por un período prolongado, posiblemente años, porque es una verdad innegable, aunque contraria a todos los principios analizados rectores de la materia, que no es precisamente la celeridad procesal lo que caracteriza a estos procedimientos en Venezuela.

El citado criterio jurisprudencial fue declarado como de carácter vinculante para todos los tribunales de la República y se mantiene vigente a la fecha, reiterado en repetidas oportunidades y muy recientemente por la misma Sala donde además reitera, expresamente, que por aplicación de la facultad concedida a los jueces para dar comisión a otro juez de igual o inferior categoría a la suya, según lo dispuesto en el Artículo 235 del Código de Procedimiento Civil podrá el mismo juez de juicio comisionar al juez de mediación y sustanciación para la ejecución de lo decidido, pero manteniéndose siempre la competencia en los tribunales especializados en la materia. (Venezuela, Sala Constitucional, 2014).

Asimismo, la Sala deja sentado, tanto en la Sentencia del 2009 como en la reciente del año 2014, que no ocurre lo mismo con las decisiones que son de contenido eminentemente patrimonial, como aquellas sobre cumplimiento de obligación de manutención, pago de prestaciones sociales y derechos laborales, pago de indemnizaciones, particiones de bienes, reivindicaciones, deslindes, ejecuciones de garantías, entre otras. Pues en esos casos, como quiera que su ejecución no atenta contra la esfera o integridad personal, psicológica y afectiva



de los niños y adolescentes, ya sean sujetos activos o pasivos de la decisión, la misma puede y debe corresponder a los tribunales ejecutores de medidas no especializados en la materia de protección de niños y adolescentes, hoy denominados Tribunales de Municipio Ordinarios y Ejecutores de Medidas. (Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, 2014).

Ahora bien, especial mención merece el tema de la ejecución de la obligación de manutención, pues se trata de una obligación que, aunque de contenido patrimonial, su incumplimiento acarrea graves perjuicios para los niños y adolescentes en función de lo que se define en el Artículo 365 de la LOPNNA es su contenido: sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes (Venezuela, Asamblea Nacional, 2007). Se trata de todo lo necesario para la subsistencia, cuidado y desarrollo de los niños y adolescentes y, por tanto, un deber de ineludible cumplimiento por parte de los progenitores. Deber que existe, además, en virtud del vínculo de filiación que los une con sus hijos y no de la titularidad en el ejercicio de la Patria Potestad o de su contenido tal y como lo dispone el Artículo 366.

Es por ello que, para garantizar su cumplimiento, el legislador venezolano ha investido al juez de protección de amplias facultades para dictar cualquier medida preventiva destinada a asegurar el cumplimiento de esa obligación, cuando existan elementos de convicción suficientes para presumir el riesgo manifiesto de que el obligado deje de pagar las cantidades que corresponda, entendiéndose demostrado dicho riesgo cuando se haya impuesto judicialmente el cumplimiento de dicha obligación y exista retardo injustificado en el pago. Asimismo, ha otorgado a esta obligación el carácter de crédito privilegiado gozando de preferencia sobre los demás créditos privilegiados previstos en otras leyes.<sup>6</sup>

Dada la naturaleza de la obligación y por aplicación de los principios de Prioridad Absoluta y de Interés Superior de Niños y Adolescentes supra analizados y de acuerdo con el referido carácter de crédito privilegiado, es claro que todo el patrimonio del obligado es susceptible de ejecución y con carácter preferente a cualquier otro crédito aun cuando también sea privilegiado, a través del embargo ejecutivo y es el único caso de excepción al principio constitucional de inembargabilidad del salario, pues el legislador ha previsto la posibilidad de retener la parte del salario del obligado que señale el juez para ser puesta a disposición del tribunal de protección en beneficio de los niños o adolescentes acreedores. En consecuencia, ha sido criterio jurisprudencial reiterado que es posible la afectación del salario del obligado, pues se trata de una obligación de ineludible cumplimiento por parte de los progenitores y no cabe aquí la posibilidad de alegar el carácter inembargable que por naturaleza éste ha tenido tradicionalmente. En este sentido, la Sala Constitucional, al decidir en consulta obligatoria una acción de amparo constitucional interpuesta por violación del Artículo 91 de la Constitución que contempla el carácter inembargable del salario, dispuso:

“(…) de allí que, tampoco proceda la tutela solicitada por la supuesta transgresión al principio de inembargabilidad del salario alegada. Pues, por el contrario, la obligación alimentaria constituye, precisamente, una excepción a esta prohibición (...) Pretende esta Sala con lo expuesto, además, dejar establecido que los compromisos asumidos por los padres en relación a la obligación alimentaria deben ser de estricto cumplimiento y de interpretación favorable al interés superior del niño, cuyo respeto y vigencia el Estado debe asumir, a través de sus órganos, sin que puedan los padres adquirir tales compromisos, como una manera para obtener fines distintos a los de su obligación como padres y pretender luego escurrirse del deber de alimento contraído, invocando para ello argumentos e interpretaciones que evidencian su intención de evadir su responsabilidad (...) (Venezuela, Sala Constitucional, 2002).

---

<sup>6</sup> Ver Artículo 381 y 379 LOPNNA.

Por su parte, la ley especial contempla en el Artículo 380 la responsabilidad solidaria de patronos, administradores, directivos y cualquiera que tenga a su cargo la administración, depósito o custodia de los bienes del obligado, por dejar de retener las cantidades que haya indicado el juez para el pago de esta obligación (Venezuela, Asamblea Nacional, 2007), pudiendo en esos casos el juez actuar de oficio o a solicitud de la parte interesada para hacer efectiva esa responsabilidad. (Venezuela, Sala Constitucional, 2007).

Adicionalmente, el incumplimiento de una obligación de manutención acarrea responsabilidad civil y penal del obligado. Con respecto a la responsabilidad civil, patrimonial, cabe la posibilidad de reclamar indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el hijo como consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del progenitor, incluido el daño moral que corresponderá tarifar al juez. (Venezuela, Sala Constitucional, 2003 y 2007). No obstante, de nada servirá a los hijos contar con una Sentencia condenatoria por daños que resulte inejecutable frente a un progenitor insolvente.

Asimismo, la LOPNNA contempla una sanción por incumplimiento injustificado de la obligación de manutención, mediante la imposición de multa entre 15 y 90 unidades tributarias, la cual será pagada en beneficio del Fondo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del municipio donde la infracción se cometió. Se considera que la sanción tampoco ofrece mayores garantías para los niños y adolescentes beneficiarios de la obligación de manutención, pues en ese supuesto de incumplimiento su situación no mejora porque el obligado pague la multa impuesta, no verían esos hijos así satisfecha su necesidad alimentaria, de vestido, educación, asistencia médica. Este tipo de sanciones no cumple una verdadera función de mecanismo de presión o verdaderamente sancionadora por varias razones: su cuantía no es muy elevada, no surte ningún efecto respecto de un irresponsable progenitor que se ha insolventado maliciosamente para burlar ejecuciones y, en el supuesto de pagarse la multa impuesta, los niños o adolescentes beneficiarios de la obligación de manutención no lograrán satisfacer sus necesidades pues no percibirán la ayuda económica requerida.

Como sanción de carácter penal, el Artículo 270 de la ley especial contempla el delito de desacato a la autoridad, según el cual se sanciona con prisión de seis meses a dos años a aquél que impida, entorpezca o incumpla la acción de autoridades en materia de protección de niños y adolescentes. La jurisprudencia ha considerado que este delito se configura en el caso de incumplimiento de una obligación de manutención impuesta por orden judicial y, por tanto, el progenitor incumplidor podrá ser sancionado penalmente en los términos previstos. (Venezuela, Sala Constitucional, 2008). Cabe aquí mencionar que no contempla el ordenamiento jurídico venezolano expresamente una sanción que se pudiera considerar más efectiva aún, como la prohibición de salida del país del progenitor incumplidor. No obstante, por aplicación del poder conferido al juez de protección del niño y el adolescente para decretar “cualquier medida preventiva destinada a asegurar el cumplimiento de la obligación de manutención”, según lo dispuesto en el Artículo 381 de la misma ley, se considera que éste podría decretar esta medida provisional de prohibición de salida del país hasta tanto se compruebe que el progenitor ha dado cumplimiento a la obligación, medida que, a su vez, podríamos considerar aún más efectiva en regiones fronterizas como la nuestra.

Aun cuando existe este sistema de sanciones en Venezuela, lo cierto es que los índices de incumplimiento de la obligación en comento son altísimos y, por ello, se considera que la mayor efectividad en el cumplimiento de las obligaciones de manutención puede lograrse mediante políticas públicas de información y concientización acerca de la naturaleza de la obligación, de los intereses en juego y su finalidad, concientización que debe lograrse en ambos progenitores, pues aunque en nuestra sociedad lo común es que el padre incumpla, es importante que la madre esté suficientemente informada de que el deber es compartido, por igual, entre ambos y que la obligación de manutención no debe verse como un elemento de “Justicia Divina” o para “sancionar” al padre por aquello que haya ocurrido en la relación de pareja. Se considera que el Estado venezolano debe, en coordinación con los medios de comunicación y otros entes públicos o privados en el país, cumplir con una labor de educación y formación familiar acerca

de los deberes de los progenitores respecto de sus hijos niños o adolescentes, así como de divulgación de las consecuencias que acarrea el incumplimiento de esos deberes para que la población entienda su significado y, al mismo tiempo, sirva como mecanismo de presión para lograr su cumplimiento efectivo.

### Referencias

- Aguilar Gorrondona, J. L. (2003). *Personas. Derecho Civil I.* (p. 235). Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.
- Grisanti Avelado, I. (2002). *Lecciones de Derecho de Familia.* (p. 33). Caracas. Vadell Hermanos. Editores C.A.
- Hung Vaillant, F. (2006). *Derecho Civil I.* (p. 302). Caracas. Vadell Hermanos Editores C.A.
- Mattutat Muñoz, M. P. (2013). *Minoridad y mayoría.* Manual de Derecho Civil Personas. San Cristóbal. Fundesde, pp. 221-236.

### Referencias legales

- Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente. (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N<sup>o</sup>. 5.908 (extraordinario), 1999, febrero 19.
- Venezuela. Congreso de la República. (1982). Código Civil. En: Gaceta oficial de la República de Venezuela. N<sup>o</sup>. 2990 (extraordinaria), 1982, julio 26.
- Venezuela. Congreso de la República. (1990). Código de Procedimiento Civil. En: Gaceta oficial de la República de Venezuela, N<sup>o</sup>. 4209 (extraordinaria), 1990, julio 18.
- Venezuela. Congreso de la República. (1998). Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En: Gaceta Oficial N<sup>o</sup>. 5.266 (extraordinario), 1998, octubre 02.
- Venezuela. Asamblea Nacional. (2007). Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En: Gaceta Oficial N<sup>o</sup>. 5.859 (extraordinario), 2007, diciembre 10.
- Venezuela. Comisión de funcionamiento y reestructuración del sistema judicial (2000). Resolución por la cual se asigna a los Jueces de Municipio ejecutores de medias, la ejecución de las medidas cautelares o definitivas decretadas por los Tribunales de Protección del Niños y del Adolescente. En: Gaceta Oficial N<sup>o</sup>. 37.036 (extraordinario), 2000, Septiembre 14.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2002). Sentencia 2.371. M. P.: Antonio J. García.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2003). Sentencia 1917. M. P.: Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2005). Sentencia 345. M. P.: Jesús Eduardo Cabrera Romero.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2007). Sentencia 528. M. P.: Carmen Zuleta de Merchán.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2007). Sentencia 766. M. P.: Carmen Zuleta de Merchán.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2007). Sentencia 1987. M. P.: Marcos Tulio Dugarte Padrón.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2008). Sentencia 1.240. M. P.: Pedro Rafael Rondón Haaz.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2009). Sentencia 1.046. M. P.: Carmen Zuleta de Merchán.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2009). Sentencia 850. M. P.: Carmen Zuleta de Merchán.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2014). Sentencia 402. M. P.: Carmen Zuleta de Merchán.
- Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia. (2014). Resolución 2014-0009.

## Capítulo 5

# Penalización. Consecuencias penales por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Patria Potestad.

---

Por: **Pedro Manuel Uribe Guzmán**

Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal

**Abogado, Universidad Católica del Táchira.**

MSc en Filosofía en un Mundo Global de la Universidad del País Vasco

Docente en el grado de "Asistente" de la Universidad Católica del Táchira

Doctorando en Filosofía en un mundo global, Universidad del País Vasco

---

En este capítulo se hace un análisis sobre la naturaleza jurídica del régimen de Patria Potestad y su protección a través de los órganos, parte del poder judicial competente en Venezuela, cuando su intervención es necesaria por el incumplimiento de los deberes que le son impuestos a los padres o por la extralimitación en el ejercicio de los poderes que le son atribuidos en ejercicio del régimen. Pretende indicarse, de manera sucinta, cómo funciona el sistema judicial de protección del niño y el adolescente desde el punto de vista del Derecho civil y de familia, potestades y deberes de los jueces y auxiliares de justicia en los procesos judiciales, así como las posibilidades y formas de ejecución de las decisiones dictadas, todo en el marco del resguardo del interés superior de los niños y adolescentes involucrados.

---

### Nociones introductorias

El derecho venezolano da un especial tratamiento a la situación de niños, niñas y adolescentes desde que en el año 2000 entró en vigencia la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (Venezuela. Congreso de la República, 1998), imbuida de los enunciados aprobados por la República conforme a la Convención sobre los derechos del niño suscrita en Nueva York, en la Sede de Naciones Unidas el 26 de enero de 1990. Con esta ratificación y posterior consagración de un instrumento legislativo propio, se cambió un paradigma que consideraba a los niños y adolescentes como sujetos de protección a través de la Ley Tutelar del Menor de 1980, hacia la consideración de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

La LOPNA fue modificada en el año 2007, pasando a denominarse Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y es con base a esta legislación que en este pequeño tratado se pretende ilustrar cómo la legislación en materia de protección de los niños y adolescentes, establece tipos penales específicos que buscan criminalizar la desatención de parte de padres en ejercicio de la Patria Potestad de sus obligaciones para con sus hijos.

La legislación especial venezolana en materia de protección de niños, niñas y adolescentes establece con mucha claridad en su Título V, el Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes (República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional, 2007), comportando un tratamiento proteccionista al supuesto en el cual un hecho punible ha sido presuntamente ejecutado por quien al momento de la comisión del mismo tuviere una edad entre 12 y 18 años. Es decir, el legislador patrio consideró la necesidad de establecer normas específicas para el procesamiento penal de aquellos incapaces civilmente en virtud de la edad cuando sean sujetos activos del delito.

Ahora bien, en concatenación con la norma sustantiva penal la LOPNNA estatuyó tipos penales, actuando como norma orgánica y con base a su jerarquía sobre cualquier ley general como el Código Penal disponiendo penas y circunstancias agravantes de la responsabilidad

penal para cualquier hecho delictivo cometido en contra de niños, niñas y adolescentes de forma peculiar, apartándose de la técnica que poseen los tipos penales específicos consagrados en normas de naturaleza penal. Es por lo que el presente estudio pretende hacer una conjunción de la legislación civil especial con la normativa penal, a efectos de aclarar la forma en que trabajan ambas normas, y así dilucidar la responsabilidad penal de los padres en ejercicio de la Patria Potestad y las sanciones accesorias no privativas de libertad contempladas por la legislación venezolana.

### **Breve exposición sobre la responsabilidad penal en Venezuela**

Toda acción u omisión establecida por la ley penal y castigada por ella, es lo que se considera como delito conforme a la legislación venezolana. Esta acción u omisión, para ser considerada como delito implica la conjunción de una serie de elementos que la doctrina ha tratado de esbozar por años, y que hoy día se puede identificar claramente, por ello para hablar de existencia clara de un hecho punible debe existir una acción, entendida esta en un sentido amplísimo (como acción propiamente dicha o como omisión), pero esa acción debe estar tipificada por una norma como delictiva, debe ser típica, pues con base al Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su ordinal 6to, (República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente, 1999) existe el principio de la legalidad de los delitos y las penas, lo que no es más que esa máxima del derecho que indica que sólo existe delito si hay una ley preexistente que lo considere como tal a dicha acción, es decir, es necesario la existencia de una acción que sea típica y por ende, antijurídica.

Dicha acción tiene que ser imputada a una persona con capacidad para ser responsable en el ámbito penal, en palabras de Grisanti (2003, p. 173) la imputabilidad implica “el conjunto de condiciones físicas y psíquicas, de madurez y salud mental, legalmente necesarias para que puedan ser puestos en la cuenta de una persona determinada, los actos típicamente antijurídicos que tal persona ha realizado.” Pudiese establecerse una comparación con la capacidad de obrar en materia civil, pues sólo se puede ser culpable de la comisión de un hecho punible si se tiene *capacidad de obrar* en materia penal. La legislación venezolana optó por reconocer una variedad de causas que hacen a una persona incapaz en materia penal, como lo son las de índole biológica y las de índole psicológica, a pesar de los términos poco apropiados que usa el código penal venezolano (véase Artículo 62 de dicha norma). De esta forma si el sujeto que comete un hecho típico y antijurídico es a su vez imputable, puede tener culpabilidad, es decir se le pueden atribuir las consecuencias jurídicas estipuladas por la norma penal.

Adicional a esto, es necesario indicar que en materia penal, el principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* comporta unos límites para el establecimiento de la responsabilidad penal, puesto que el juzgador no tiene discrecionalidad para establecerla, sino que la herencia romanista que caracteriza al derecho actual, estipula cánones para la interpretación de las normas y la aplicación de la ley punitiva que a veces le convierte, no en un instrumento de justicia con base al conocimiento profundo en virtud de la intermediación del proceso penal que corresponde al Juez penal, sino que implica la aplicación casi aritmética para el cómputo de penas, convirtiéndolo en un aplicador de justicia en forma casi mecánica. Así, cada tipo penal establece límites mínimos y máximos para las penas que hacen que el juez deba buscar un punto medio para ir aumentando o disminuyendo la pena en virtud de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal.

Asimismo, el derecho venezolano contempla las figuras de los concursos de delitos, sean el concurso real o el concurso ideal, para el caso en que con varias acciones se hayan infringido normas penales, o que con una misma acción se hayan cometido diversos hechos punibles, siendo al final un indicativo de cómo el juzgador debe hacer la operación que conlleva al establecimiento de la pena cuando la responsabilidad penal es determinada.

En el ordenamiento jurídico venezolano se encuentran agravantes específicas de la responsabilidad penal, sea que se apliquen a cualquier hecho punible como tal, o que se ajusten a un tipo penal específico y califiquen esa conducta con una pena mayor. Así se tiene que en

Venezuela ejecutar un hecho delictivo de noche, bajo el amparo de la oscuridad, configura un agravante que aplica a cualquier delito; pero el asesinato en la figura del padre (parricidio) es sólo agravante del delito de homicidio. Asimismo, la legislación criminal venezolana establece la existencia de delitos de acción pública y delitos de acción privada. Los primeros son aquellos delitos en los que su comisión interesa directamente a los intereses colectivos, al orden público, puesto que "...el enjuiciamiento del sujeto activo es, del todo, independiente de la voluntad de la persona agraviada. El sujeto activo debe ser enjuiciado aun cuando la parte agraviada no manifiesta voluntad de que así suceda" (Grisanti A., 2003, p. 86), por esto mismo de los bienes jurídicos que busca proteger el determinado tipo penal, puesto que hay situaciones que van más allá de la esfera privada; caso contrario, los delitos de acción privada, sobre los cuales, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, a través de la Sala Constitucional en la Decisión 753 del 5 de mayo de 2005, precisó que: "...en los delitos de acción privada el interés que se tutela es el de la víctima, quien tiene la titularidad de la acción penal, toda vez que los intereses envueltos afectan sólo su esfera jurídica..."

Todas estas indicaciones buscan dar una referencia del tratamiento que se va a encontrar en la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente (LOPNNA), consignada en los Artículos 216, 217 y 218<sup>7</sup>, que establecen un agravante genérico para todo hecho punible cometido contra un niño, niña o adolescente, siempre que el delincuente no sea tal. Igualmente dispone que todo hecho punible cometido contra los niños o adolescentes serán considerados como *de acción pública*, aun cuando la norma penal disponga lo contrario. Pero, por último, la norma orgánica especial establece que en caso de existir alguna disposición en el ordenamiento venezolano que establezca penas mayores a las que ella misma pretenda imponer, se aplicarán de forma preferente. Es decir, la Ley busca establecer una mayor responsabilidad penal al que pretenda atentar contra aquellos que por su edad y desarrollo psíquico, físico y emocional tienen propensión a ser débiles, y cuya protección debe ser norte de cualquier Estado.

La razón de ser de esta estipulación tiene fundamento en el llamado *interés superior del niño*, que tiene consagración preconstitucional en el Artículo 8 de la LOPNNA<sup>8</sup>, y que fue recogido atendiendo a este espíritu en el Artículo 78 de la Carta Magna venezolana<sup>9</sup>. Ese interés superior del niño orienta al Estado venezolano como garante del orden público y el desarrollo ciudadano a aplicar siempre la mejor decisión o la más conveniente a los intereses de los niños y adolescentes y, en materia de responsabilidad penal, considerar un agravio al bien común la ejecución de hechos punibles que afecten el desarrollo de quienes eventualmente serán los líderes y profesionales del futuro, y por ende, la base social de un futuro que siempre la colectividad espera sea mejor.

<sup>7</sup> Artículo 216. Acción Pública. Se declaran de acción pública todos los hechos punibles cuyas víctimas sean niños o adolescentes. No son aplicables las instituciones del nudo hecho y antejudio de mérito, salvo las disposiciones constitucionales.

Artículo 217. Agravante. Constituye circunstancia agravante de todo hecho punible, a los efectos del cálculo de la pena, que la víctima sea niño o adolescente. Quedan excluidos de esta disposición aquellos tipos cuyo sujeto pasivo calificado es un niño o adolescente.

Artículo 218. Aplicación Preferente. Cuando una Ley establezca sanciones más severas a las previstas como infracciones en esta Ley, se aplicará aquella con preferencia a las aquí contenidas.

<sup>8</sup> Artículo 8. Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes. El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

<sup>9</sup> Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

## La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes como instrumento tipificador de delitos y agravantes de la responsabilidad penal.

Aun cuando de su naturaleza no se desprende condición de legislación penal, la LOPNNA establece determinados hechos punibles referidos a acciones antijurídicas, imputables a sujetos cuyo accionar se llevó a cabo en detrimento de niños, niñas o adolescentes. Ahora bien, en la redacción de muchas de estas normas se trata de deslindar el carácter punible pero aun así, de su contenido, estructura y características se entiende claramente que son tipos penales, y así deben ser entendidos. De la misma forma se encuentran colisiones directas con otras normas, y es al juzgador al que corresponderá aplicar la norma correspondiente, atendiendo al principio rector del interés superior del niño y, en algunos casos, el principio de la retroactividad de la norma penal cuando favorezca al reo.

Pero a pesar de no ser regla común que una norma de naturaleza no penal estipule delitos y sus penas, con arreglo al principio de la legalidad de los delitos y las penas, y a la vieja data de la legislación sustantiva penal venezolana es menester que se eche mano de estos instrumentos para adaptar la legislación penal a las realidades sociales. Jiménez de Asúa estableció la diferencia clara de las leyes penales codificadas y las leyes especiales dentro de las que se ubica “no sólo las que particularmente definen delitos y establecen penas, sino las de índole civil, política y administrativa que encierran infracciones y señalan una sanción penal” (1999, p. 55). Estas disposiciones buscan dar protección al niño o adolescente que se ve victimizado por este tipo de conductas que atentan directamente contra el interés superior del niño que ya queda claro que tiene una primacía como principio constitucional y legal.

En este orden de ideas, se tiene que la LOPNNA en su título III, Cap. IX, Sección Cuarta, (Venezuela. Congreso de la República, 1998) dispone una serie de acciones tipificadas como delito que inclusive chocan con otras normas en vigencia en el ordenamiento jurídico, y sobre lo que se referirá a continuación. Para empezar, el Artículo 253 de la LOPNNA<sup>10</sup> tipifica claramente el delito de tortura con agravantes de la responsabilidad penal. No obstante, en el año 2013 se dictó en Venezuela la Ley especial para prevenir y sancionar la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional, 2013). En la misma se encuentra el mismo enunciado citado *ut supra*, pero con una pena de 15 años en su límite mínimo y 25 años en su límite máximo. Si bien la nueva ley es especial, se debe tener claro que el carácter orgánico de la LOPNNA le pondría por encima de la ley especial, en cuanto a jerarquía, asimismo, se puede encontrar que todo hecho punible cometido en contra de un niño o adolescente configura, *per se*, agravante de la responsabilidad penal. Todo esto implica un problema de interpretación de la norma que estará a cargo del Juzgador, por cuanto en la compilación jurisprudencial venezolana al momento no se encuentra decisión alguna que confronte esta situación. Sin embargo, siendo puristas en materia jurídica, es claro que una ley especial no tiene el mismo rango de una Ley Orgánica en virtud de la jerarquía de las normas, aun así, el delito tan grave del que se trata lleva a pensar que lo ideal sería aplicar la pena estipulada en la norma especial aun cuando perjudique al reo. Aun así, el agravante contemplado en el párrafo tercero del Artículo *sub iudice* dispone una pena mayor que la ley especial en su límite máximo.

La peculiaridad de la norma viene determinada por la disposición del párrafo primero, que prevé la práctica de la tortura por un sujeto activo del delito distinto del funcionario público, que puede ser cualquier otra persona en ejecución de órdenes provenientes de

---

<sup>10</sup> Artículo 253. Tortura. El funcionario público o funcionaria pública que por sí o por otro ejecute contra algún niño, niña o adolescente actos que produzcan graves sufrimientos o dolor, con el propósito de obtener información de la víctima o de un tercero, será penado o penada con prisión de uno a cinco años. Párrafo Primero: En la misma pena incurre quien no siendo funcionario público o funcionaria pública, ejecute la tortura por éste determinada.

Párrafo Segundo: Si resulta una lesión grave o gravísima, la pena será de prisión de dos a ocho años. Párrafo Tercero: Si resulta la muerte, la pena será de prisión de quince a treinta años.

aqué. Aquí perfectamente puede encuadrarse la posible actuación de quien sea el titular de la Patria Potestad legalmente establecida, quien verá su actuación penada y calificada conforme se ve con posterioridad. La LOPNNA no se limita a tipificar conductas delictivas, sino que en consonancia con los Artículos 32 y 32-A establece como delito el trato cruel o maltrato que pueda sufrir el niño, niña o adolescente, sancionando con prisión de uno (1) a tres (3) años al que cometa este tipo de acción, siempre que no incurra en otro hecho punible que amerite mayor sanción penal, asimismo, es agravante de la responsabilidad penal que el maltrato o trato cruel provenga del padre o la madre, así como cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado del sujeto pasivo del delito.

Esta tipificación va aún más allá, pues condena no sólo la acción física del maltrato sino también la psicológica. En la reforma de 2007, la LOPNNA estableció la prohibición de cualquier tipo de maltrato físico contra el sujeto de protección a través del Artículo 32-A que, acorde con la autora venezolana Georgina Morales “persigue erradicar las formas violentas en la educación, para ir conduciendo nuestra sociedad hacia la convicción de que existen maneras de educar, corregir o disciplinar a los niños más beneficiosas para su desarrollo y para las buenas relaciones entre padres e hijos dentro de un esquema de ‘crianza positiva’ o ‘educación sin lastimar y humillar’ y no a través del castigo físico y/o humillante tan arraigado en nuestra cultura y en nuestra educación.” (Morais, 2008, pp. 246-247).

Otro de los puntos primordiales es la tipificación de delitos como el trabajo forzoso o la obtención de lucro por el trabajo infantil. En el caso venezolano, y también latinoamericano, el trabajo infantil es una realidad inevitable y realizada por la UNICEF (2009), quienes describen que para el 2005, un cinco por ciento (5%) de niños y adolescentes entre 10 y 14 años se dedicaban al trabajo (UNICEF, 2009). Sobre este asunto, la ley *sub iudice* contempla sanciones para la explotación infantil desde el punto de vista sexual, con penas de prisión que oscilan entre los cinco (5) y los ocho (8) años, salvo que se trate de quien detenta la responsabilidad de crianza de ese niño o adolescente, caso en el cual existirá una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, obviamente que acá se trata no sólo de padres en ejercicio de la Patria Potestad sino cualquier persona que los tenga bajo su protección.

Ahora bien, el Código Penal venezolano también tipifica los delitos sexuales, respecto de los cuales existen grandes contradicciones respecto de la Ley Orgánica, cosa que hace enfrentar a estas elucubraciones sobre la interpretación de la norma penal. La reforma del Código Penal del 13 de abril del año 2005, otorgó una nueva perspectiva respecto de los tipos penales que protegen la integridad personal, y especialmente el honor sexual, como el caso de la violación como lo consigna el Artículo 374<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 374: Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simule objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años. Si el delito de violación aquí previsto se ha cometido contra una niña, niño o adolescente, la pena será de quince años a veinte años de prisión.

La misma pena se aplicará aún sin haber violencia o amenazas, al individuo que tenga un acto carnal con persona de uno u otro sexo:

1. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad o situación, y en todo caso, cuando sea menor de trece años.
2. O que no haya cumplido dieciséis años, siempre que para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines a la víctima.
3. O que hallándose detenida o detenido la víctima, condenada o condenado, haya sido confiada o confiado a la custodia del culpable.
4. O que no estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental; por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido.



Sobre este punto la Ley Orgánica que busca proteger los intereses de la infancia y la adolescencia, estableció en su Artículo 259<sup>12</sup> el tipo penal de Abuso sexual a niños y niñas, con una sanción penal de prisión entre quince (15) a veinte (20) años, así como circunstancias agravantes referidos a la propia violación, y de forma gravosa, cuando quien ejerce la responsabilidad de crianza es el sujeto activo del delito. Asimismo, en el Artículo 260<sup>13</sup>, la norma especial contempla la misma protección cuando el delito sexual sea cometido contra un adolescente.

Una vez más, se encuentra una situación contradictoria, puesto que el Código Penal sanciona de forma severa el delito sexual contemplando, inclusive, formas no convencionales de comisión del delito de violación. Ahora bien, la LOPNNA en su amplitud refiere a los delitos sexuales de una forma similar, pero la responsabilidad penal es evidentemente inferior, cuando el sujeto pasivo del delito sexual es niño, niña o adolescente (salvo el consentimiento del adolescente) a la que dispone la norma sustantiva penal. La disposición es polémica por la entidad del delito. Ambos textos legales disponen la condición de ascendiente o responsable como agravante de la responsabilidad penal, pero la realidad es que la disposición de la LOPNNA no sólo es posterior sino que se vale de su carácter orgánico para estar por encima de las disposiciones de la norma natural en materia de tipificación de delitos.

En este sentido, la LOPNNA no solo no le denomina “violación” sino que genera toda una confusión respecto al asunto característico de la violación *ope legis* o la violación genérica, la primera considerada como presunta y la segunda caracterizada por la violencia. Sobre esto, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia venezolano se ha pronunciado, en Sentencia con ponencia de la Magistrada Deyanira Nieves Bastidas, de la forma siguiente:

“El Artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente, respecto al *abuso sexual a niños*, establece lo siguiente:

“Quien realice actos sexuales con un niño o participe en ellos, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si el acto sexual implica penetración genital, anal u oral, la prisión será de cinco (5) a diez (10) años.

Si él culpable ejerce sobre la víctima autoridad, guarda o vigilancia, la pena se aumentará en una cuarta parte...”. (Resaltado de la Sala).

Se observa que la disposición transcrita, tipifica varias conductas bajo el nombre jurídico de *abuso sexual a niños*, y dentro de las señaladas conductas típicas, se encuentra el abuso sexual a niños en la modalidad de *violación*, definida en la misma norma como: “...*penetración genital, anal u oral...*”.

---

Parágrafo Único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley, ni a la aplicación de medidas alternativas de cumplimiento de la pena.

<sup>12</sup> Artículo 259. Abuso sexual a niños y niñas. Quien realice actos sexuales con un niño o niña, o participe en ellos, será penado o penada con prisión de dos a seis años.

Si el acto sexual implica penetración genital o anal, mediante acto carnal, manual o la introducción de objetos; o penetración oral aún con instrumentos que simulen objetos sexuales la prisión será de quince a veinte años.

Si el o la culpable ejerce sobre la víctima autoridad, Responsabilidad de Crianza o vigilancia, la pena se aumentará de un cuarto a un tercio.

Si el autor es un hombre mayor de edad y la víctima es una niña, o en la causa concurren víctimas de ambos sexos, conocerán los Tribunales Especiales previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia conforme el procedimiento en ésta establecido.

<sup>13</sup> Artículo 260. Abuso sexual a adolescentes. Quien realice actos sexuales con adolescente, contra su consentimiento, o participe en ellos, será penado o penada conforme el Artículo anterior.

La Sala de Casación Penal, advierte y evidencia de autos que el defensor recurrente expresó estar de acuerdo en parte con la decisión impugnada, al señalar en el recurso de casación que la subsumción de los hechos realizada por la recurrida: “...esta ‘correcta’ si tomamos en cuenta que los elementos que conforman la descripción del tipo penal contemplado en el Artículo 374.1 del Código Penal respecto al delito de violación son los mismos que aparecen previstos en la norma del Artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente respecto al delito del Abuso Sexual a Niño..”

No obstante sostiene el recurrente, que la Corte de Apelaciones: “... aplica erróneamente sus consecuencias jurídicas, generando de esa manera unos efectos no previstos en el Artículo 628, PARÁGRAFO SEGUNDO literal ‘a’ de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente... toda vez que el delito de ABUSO SEXUAL A NIÑO... no comporta ‘la privación de libertad’ como sanción...”, y que asimismo, el Artículo 620 de la referida ley especial son: “... normas... de orden público... que demandan su aplicación... determinar si éste constituye un delito para los cuales se establece la privación de libertad como sanción o en su defecto amerita una sanción de Libertad Asistida, Reglas de Conducta, Servicio a la Comunidad, o cualquiera prevista en la ley...”.

Ahora bien, el Artículo 628, Parágrafo Segundo, literal “a” de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, establece lo siguiente:

“...Artículo 628. Privación de libertad.

(...)

Parágrafo Segundo. La privación de libertad sólo podrá ser aplicada cuando el adolescente:

a. Cometerie alguno de los siguientes delitos: homicidio, salvo el culposo; lesiones gravísimas, salvo las culposas; violación; robo agravado; secuestro; tráfico de drogas, en cualesquiera de sus modalidades; robo o hurto sobre vehículos automotores. (...).” (Resaltado de la Sala).

La disposición transcrita se refiere a la aplicación de la sanción de privación de libertad, si el menor imputado incurrió en alguno de los delitos allí señalados, en este caso quedó plenamente demostrado en el desarrollo del debate, que la acción desplegada por el adolescente (Identidad Omitida), consistió en abusar sexualmente de un niño de siete (7) años de edad, constriéndole en contra de su voluntad a practicarle sexo anal con su miembro viril, razón por la cual la recurrida realizó el cambio de la calificación formulada por el Ministerio Público en la acusación formal de violación presunta, por la de abuso sexual a niño, tipificado en el Artículo 259 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente”. (República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Penal, 2006)

Con esto puede perfectamente afirmarse la mayor amplitud que el intérprete otorga a la norma especial y, especialmente, la aplicación de la pena inferior a la contenida en el Código Penal, aun cuando el caso citado refiere a un adolescente como sujeto activo del hecho punible. Es claro que la norma a aplicar es la LOPNNA para el caso de un niño, niña o adolescente como sujeto pasivo del hecho punible relativo a delitos sexuales, y el tipo estipulado en el Código Penal se aplicará en cuanto a circunstancias agravantes de la responsabilidad penal conforme el criterio jurídico y las pruebas aportadas al proceso penal. Adicional a estos tipos penales, se puede encontrar los siguientes delitos que perfectamente pueden ser cometidos por padre o madre en ejercicio de la Patria Potestad: suministro de armas, municiones y explosivos; suministro de fuegos artificiales, suministro de sustancias nocivas (como estupefacientes o psicotrópicas); el uso de niños, niñas o adolescentes para delinquir y la trata de blancas. Siempre con la contemplación de situaciones que implican circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, pero que también comportan una responsabilidad civil por su alta incidencia en eso que jurídicamente denominamos “orden público”. En el caso venezolano, la

comisión de hechos delictivos puede, perfectamente, a instancia de parte legitimada, conllevar a un proceso por privación o extinción de la Patria Potestad, de lo que se ocupará de seguido.

### **La privación de la Patria Potestad y otras sanciones accesorias al establecimiento de la responsabilidad penal.**

En consonancia con la profundidad del tema tratado por los autores que anteceden este capítulo, en Venezuela la conceptualización de la Patria Potestad está contenida en el Artículo 402 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente. La misma es concebida como un conjunto de deberes y derechos que asisten al padre y a la madre sobre esos hijos que no han alcanzado la mayoría de edad (18 años), y que van dirigidos a la formación integral de estos. De estas consideraciones queda clara la concepción legalista que atañe al determinar quiénes son padre y madre, pues refiere que son aquellos respecto de los cuales está establecida legalmente la filiación, cosa que sucede a través del acta de nacimiento que, conforme al Artículo 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil (República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional, 2009), debe contener la indicación de quiénes son el padre y la madre del presentado para su inserción en el registro. En materia de Patria Potestad, la misma es sólo posible de ser ejercida por padre y madre siempre y cuando esté legalmente establecida la filiación, sin que esto obste a los derechos consagrados por la Constitución y la propia LOPNNA para el niño o adolescente de conocer su realidad biológica más allá de la legalidad contemplada en documentos públicos, o la existencia de posteriores litigios respecto del tema de la paternidad o la maternidad.

Son, entonces, padre y/o madre los obligados y los titulares de los derechos concernientes a los atributos constitutivos de la Patria Potestad, puesto que la misma “recae sobre ambos progenitores sin importar si el hijo ha nacido de un matrimonio, una unión estable de hecho o cualquier otra clase de relación, ni la oportunidad en que se establezca la filiación” (Poles *Et. Al*, 2011, p. 232). Estos atributos, conforme la legislación venezolana son, a tenor del Artículo 348 de la LOPNNA, los siguientes:

Artículo 348. Contenido. La Patria Potestad comprende la Responsabilidad de Crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos e hijas sometidos a ella.

Así, reafirmando lo establecido por el profesor Campana en esta misma publicación, el legislador venezolano contempla de forma amplia conceptos como el de responsabilidad de crianza, que, a su vez comporta una serie de atributos particulares como la formación, educación, la custodia, la vigilancia y, en general, el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, e inclusive aspectos netamente subjetivos como el brindar amor, cariño y un ambiente propicio en atención el interés superior del niño como precepto constitucional, así como los demás artículos que confieren derechos al sujeto de protección de la norma orgánica, y que implica el aspecto moral, psicológico y afectivo del ser humano.

De igual forma, implica la representación de los hijos, así como la administración de los bienes habidos y por haber de los niños, niñas o adolescentes sometidos a la Patria Potestad, por lo que quien la ejerce tiene la responsabilidad civil extracontractual consagrada en el Código Civil Venezolano por sus actuaciones, pues en virtud de su condición de progenitor, le asiste la prerrogativa jurídica de establecer directrices que puedan condicionar el futuro del acervo patrimonial de sus hijos en Patria Potestad y, con ello, la celebración de actos jurídicos que no necesariamente tengan que ver con el acervo patrimonial.

Tal como fue expuesto por Mazuera en el segundo capítulo de este libro, los cambios de la institución de la Patria Potestad a través del tiempo han hecho que la misma haya dejado de ser un poder que conlleva la dirección absoluta de los padres (o del padre) sobre los destinos de los hijos para ser una verdadera responsabilidad compartida por padre y madre, cuya primordial función es la formación de ciudadanos de bien que tendrán bajo su dirección el futuro de la nación, por ello, la Patria Potestad comporta el ejercicio de la misma como un *bonus et diligens pater familias*. Es por ello que Venezuela consagra la posibilidad de privación del ejercicio de la Patria Potestad en el Artículo 352 de la LOPNNA, así como la rehabilitación y la extinción en caso de reincidencia en la comisión de hechos que configuren causal de privación.

La norma citada contempla lo que puede denominarse una sanción de índole civil que busca condenar al progenitor en ejercicio de la Patria Potestad que haya incurrido en una conducta que atente contra el interés superior del niño, pero siempre bajo la óptica del juzgador, lo que se presta a subjetividad. Esto se desprende de la última disposición de la norma que deja en evidencia que es el Juez quien decidirá en atención a la gravedad de la situación. No hay un criterio objetivo (mecánico) que permita determinar la procedencia de la privación de la Patria Potestad, como sanción accesoria o posterior a la determinación de la responsabilidad penal. La sana crítica y las máximas de experiencia del juez son las que vendrán a determinar con posteridad a un proceso judicial que conlleva tres fases (mediación, sustanciación y juicio), la declaratoria judicial de la privación de la Patria Potestad, y que debe ser siempre a instancia de parte y nunca de oficio.

Caso contrario sería que la norma, simplemente estableciese un criterio objetivo para la privación de la Patria Potestad como: “todo aquél progenitor que haya incurrido en un hecho delictivo será privado del ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos”, que no es el caso, pues como ya se ha referido, la LOPNNA deja a la consideración del juzgador especializado la determinación final de esta sanción civil. Ahora bien, no existe una sanción que establezca responsabilidad penal del progenitor en ejercicio de la Patria Potestad por la vulneración de las obligaciones derivadas de ésta, al menos no de forma directa.

Existen tipos penales autónomos que pueden tener un tratamiento diferente cuando el sujeto activo del delito sea el titular de la Patria Potestad respecto de su hijo o hija, más nunca como conducta típica y antijurídica autónoma. Es decir, dentro del proceso cognoscitivo el juzgador penal podrá realizar la calificación jurídica de un tipo penal autónomo en la cabeza de quien ejerza la Patria Potestad, mas no contempla la legislación responsabilidad penal por la vulneración de las obligaciones derivadas de la Patria Potestad, de esta forma, la condena penal no lleva intrínseca la privación de la Patria Potestad, más si puede derivar, como consecuencia de este proceso penal, la instauración de un trámite judicial por ante los órganos competentes en la materia, que tengan por fin la privación de la Patria Potestad o, inclusive, la extinción de la misma, cuando fuere procedente.

El establecimiento de la responsabilidad penal del progenitor por parte de la autoridad competente, puede encuadrarse dentro de las causales taxativas estipuladas en la LOPNNA en el ya estudiado Artículo 352, y sobre el cual a manera de complemento, merece la pena hacer los siguientes comentarios:

- i. La mayoría de estos supuestos implican un incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la Patria Potestad, a pesar de la consideración individual de los mismos, llámese maltrato físico, mental o moral; someter al niño, niña o adolescente a situaciones que le expongan a amenazas en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales, lo que es una afrenta directa al interés superior del niño como principio rector, sin que esto obste a que pudiese considerarse como un ejemplo el negarse a dotar de educación al hijo, así como la exposición frecuente a una situación de riesgo como llevarle a eventos no aptos para su edad como lugares donde se practique el juego y las apuestas o los excesos alcohólicos o consumo de sustancias prohibidas, así como la propia adicción del progenitor. En general, conductas que comportan *per se* actos que atentan contra el desarrollo integral del niño o adolescente.
- ii. La consideración de conductas punibles como las actuaciones referidas a la corrupción o prostitución del hijo o la connivencia respecto del acto que le someta a esto junto con el abuso sexual o exposición a la explotación sexual conllevan a la privación de la Patria Potestad, mas no están contempladas como pena accesoria que pueda ser dictada por la autoridad penal. Pudiese existir inclusive la incompetencia o inacción del Fiscal del Ministerio Público como legitimado activo de generar el procedimiento civil, así como del otro progenitor no incurso en estos actos de gravedad para el sujeto de protección.

Todas las causales contenidas en el Artículo 352 que buscan establecer la privación de la Patria Potestad tienen una relación directa con la responsabilidad de crianza, que es un término que sustituye lo anteriormente conocido en Venezuela como la *guarda*, puesto que la amplitud del concepto de responsabilidad de crianza va más allá, y representa todo lo que “gire alrededor de la vida personal del hijo, comprende cuidado, amor, cariño, comprensión, vigilancia, corrección, manutención, vivienda, vestido, recreación, responsabilidad, significa vivir con el hijo” (Poles *Et. Al*, 2011, p. 232). Hay que observar el cuidado que el legislador ha tenido en mantener a la Patria Potestad como una institución civil, separando la tipificación delictiva de hechos específicos que son considerados como punibles y su relación indirecta con la privación de Patria Potestad, tratando de evitar que el incumplimiento de los deberes que contempla la institución familiar sean considerados delitos autónomos, en virtud de la relevancia social e histórica de la Patria Potestad.

Así se tiene que no solo la privación encuentra un tratamiento netamente civil, sino que la reincidencia en una causal de privación de la Patria Potestad puede generar la extinción de la misma, también como sanción civil. Aun así, no hay mención alguna de un tipo penal que sancione de forma directa el no cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Patria Potestad. Es claro que el legislador venezolano busca que la Patria Potestad permanezca dentro del ámbito civil, y solamente por vía de consecuencia por la comisión de un hecho punible, dejar en manos del juzgador con competencia especial el determinar si hay méritos suficientes para privar a un progenitor de la Patria Potestad.

Es por ello que, reafirmando la posición de mis coautores, “la privación de la Patria Potestad debe ser declarada por el juez a solicitud de parte interesada. Se considera parte interesada para interponer la correspondiente acción. El hijo después que este cumpla 12 años; el otro padre respecto del cual la filiación este legalmente establecida, aun cuando no ejerza la Patria Potestad; los ascendientes y demás parientes del hijo dentro del cuarto grado en cualquier línea; la persona que ejerza la guarda; El Ministerio Público y el Consejo de Protección. En todo caso la decisión judicial debe ser fundada en la prueba de una o más de las causales previstas en el artículo anterior” [sic] (Piva y Granadillo, 2013, pp. 496-497). Es decir, que para el ordenamiento venezolano es fundamental el tratamiento de la privación de la Patria Potestad dentro del ámbito de la supervigilancia del Estado venezolano.

Es presumible que este tratamiento vaya determinado por aspectos que van mucho más allá de la comisión de hechos punibles, y a la búsqueda de soluciones más integrales dentro del campo del ejercicio de la Patria Potestad, así como la inclusión del examen de los hechos punibles cometidos por los progenitores de todos los factores que pueden incidir en su habilitación o inhabilitación para el ejercicio de todos los atributos que implica la Patria Potestad dentro del desarrollo del niño, niña o adolescente y su interés superior, que al final es el que debe salvaguardar el Estado y la sociedad. Busca, entonces, la legislación venezolana la contemplación de la Patria Potestad desde una múltiple óptica que impida la toma de decisiones basadas en criterios objetivos, por la alta carga emocional, familiar e histórica del ejercicio de los derechos y deberes que comporta el cambio de paradigma del niño en situación irregular al niño como sujeto de protección, sujeto de derechos y deberes.

## **El desacato como tipo penal a tenor de lo dispuesto en el Artículo 270 de la LOPNNA**

Todas las consideraciones anteriores, llevan a contemplar, a título de recomendación de enmarcar las conductas estudiadas como hechos ilícitos que permitan a la jurisdicción criminal el dictar medidas tendientes a proteger al niño, niña o adolescente, especialmente si hoy se tiene regulaciones como la contenida en el Artículo 270 de la norma especial (LOPNNA) que abre la posibilidad para el procesamiento penal de aquella persona que impida, entorpezca o incumpla la acción de las autoridades judiciales, administrativas que actúen en el ejercicio de las funciones contempladas en esta norma de vital importancia para Venezuela. Sobre este punto, es necesario complementar lo dicho en el capítulo III, en atención a la versatilidad que

puede dársele al desacato a la autoridad como medida coactiva para el cumplimiento de los deberes inherentes a la Patria Potestad, con un contenido inminentemente penal. Y es que aunque la norma no lo establezca de forma directa, los Tribunales en el ejercicio de la labor de administración de justicia, han hecho del desacato una forma para obtener una consecuencia de tipo penal para aquellas personas que burlan el cumplimiento de las obligaciones que como padres o madres les ha establecido la ley en beneficio de sus hijos, llámese obligación de manutención o responsabilidad de crianza.

Al respecto, en fecha 25 de julio de 2008 la magistrado Carmen Zuleta de Merchán, salvó su voto respecto de Sentencia 1240 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, en la que se declara con lugar amparo constitucional, oponiéndose con razón al desacato tipificado por la LOPNNA, en los siguiente términos:

“Adicionalmente, considera quien suscribe que la mayoría Sentenciadora debió advertir la entidad del delito por el que se condenó al quejoso, ciudadano Battin Jean Pierre Robert, y no dejarse llevar por la ritualidad de los formalismos que, en todo caso, no fueron desconocidos, tal como se constata del acta de la audiencia preliminar.

En este sentido, cabe destacar que el delito por el que se juzgó a dicho ciudadano está regulado en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, actualmente Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y tiene como propósito, entre otros, garantizar a través de la imposición de sanciones el respeto y vigencia de las decisiones dictadas por las autoridades competentes en materia de niños, niñas y adolescentes.

En efecto, el Legislador quiso a través de la tipificación del delito de desacato a la autoridad proteger, entre otras conductas, igualmente nocivas al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, aquella que tuviere por objeto la insolvencia de la obligación alimentaria, actualmente denominada en la Ley “obligación de manutención”, como una forma de tutelar el bienestar de aquéllos. Con ello, pretendió igualmente el Legislador penalizar tan lamentable conducta protegiendo a la infancia y la adolescencia de la irresponsabilidad de quienes, encontrándose obligados a sufragar a sus hijos sus elementales gastos para su supervivencia, evadan tal responsabilidad en perjuicio además de una correcta administración de justicia. No se trata, como impropriamente podría pensarse que, tipificar penalmente el desacato al pago de la pensión alimentaria de los hijos menores haría revivir la proscrita “prisión por deudas”, ya que la índole del delito y su pena no mayor de tres (3) años permite la suspensión condicional de la ejecución de la pena ex Artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal. Se trata por el contrario de hacer coercible lo que además, de una obligación legal, es una obligación moral de los padres para con sus hijos, ante lo cual la sociedad no puede ser indiferente.

Por lo tanto, considera quien disiente que la mayoría Sentenciadora no debió inadvertir tan importantes circunstancias, y en consecuencia, se imponía declarar sin lugar el amparo propuesto ante la inexistencia de las injurias constitucionales delatadas.”. (República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 2006).

En este orden de ideas, otros Tribunales de la República han optado por suscribir la importancia de la aplicación del desacato como forma de lograr sanciones de tipo penal para aquellos progenitores que incumplan sus obligaciones, así se tiene que el Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, a través del Tribunal 15° de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación en fecha 17 de enero de 2014, estableció, al otorgar autorización para la venta de bienes propiedad de un adolescente, lo siguiente:

“Por último, se le hace saber a la referida ciudadana, que debe consignar ante este Tribunal cheque con el monto por la alícuota parte que le corresponda al adolescente de autos, a fin de proceder a la apertura de una cuenta de ahorros, la cual será custodiada por este Tribunal; asimismo se le hace del conocimiento de la misma que debe dar fiel cumplimiento a lo aquí ordenado so pena de incurrir en desacato a la autoridad tal como lo establece el Artículo 270 de la Ley especial que rige la materia.”

En la decisión citada *ut supra*, se contempla el cómo se hace uso de la figura reconocida en la LOPNNA como advertencia a los obligados sobre la consecuencia criminal que tendría el desobedecer una orden proferida por la autoridad competente, de la que se denota la posibilidad cierta de concatenar la penalización de las conductas que atenten en contra el ejercicio de las obligaciones así como los derechos anejos a la Patria Potestad, a través de la subsunción de conductas que han sido establecidas por una autoridad competente, mas no sobre la base de una actuación autónoma en virtud del contenido moral que conlleva esta institución familiar, pues en el caso venezolano, situaciones como la obligación de manutención, conocida en otras latitudes como pensión de alimentos u obligación alimentaria, sólo son exigibles jurídicamente sobre la base de una orden judicial proveniente de la autoridad facultada para ello.

Asimismo, a efectos ilustrativos, transcribo a continuación parte de Sentencia proferida por el Tribunal de Primera Instancia Penal en funciones de Juicio N° 04, de El Vigía, Estado Mérida, en fecha 18 de marzo de 2005, en la que se observa como el desacato contemplado por la LOPNNA permite la penalización de las conductas atentatorias al ejercicio responsable de la Patria Potestad cuando las mismas provienen de los progenitores:

“En virtud de la admisión de los hechos que en forma personal, voluntaria, libre e inequívoca ha manifestado el acusado de autos con relación a la acusación presentada por la representante de la vindicta pública, suficientemente relacionados anteriormente, este Juzgado de Juicio N° 04, aprecia el mérito jurídico de tal admisión de hechos, y estima con ello cumplidos los extremos de la autoría, culpabilidad y consecuente responsabilidad penal del acusado por los hechos imputados.

A tal efecto, procediendo, en consecuencia, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 376 del Código Orgánico Procesal Penal, de seguida se pasa a imponer la pena correspondiente, para lo cual debe primeramente subsumirse la conducta del agente en el tipo penal respectivo.

La representante del Ministerio Público, ha acusado al ciudadano Bernardo Adolfo Osorio Vanstrahlen, por la presunta comisión del delito de desacato a la autoridad, previsto y sancionado en el Artículo 270 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en relación con los Artículos 1, 4, 223 y 373 *ejusdem*, cometido en perjuicio del estado venezolano y los niños víctimas indirectas.

En este caso concreto, los hechos a los que se refiere la imputación de la Fiscal del Ministerio Público, encuadran perfectamente en el supuesto legal por ella alegado, habida cuenta que, los actos objetos de proceso, que ya fueron suficientemente narrados, encuadran en el presupuesto contenido en la referida norma, es decir, el acusado, incumplió la acción de la autoridad judicial, al no efectuar el pago de lo ordenado en Sentencia del 2 de julio del 2003.

En mérito de los razonamientos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, este Juzgado Unipersonal de Juicio N° 04 del Tribunal de Primera Instancia del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, Extensión El Vigía, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: La culpabilidad del ciudadano... *Omissis...*, venezolano, de 44 años de edad, Mecánico Automotriz Diesel, divorciado, residenciado en... *Omissis...*, por ser culpable, autor y responsable en la comisión del delito de desacato a la autoridad, previsto y sancionado en el Artículo 270 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cometido en perjuicio del estado venezolano y los niños víctimas indirectas, que le imputara la Fiscalía VII del Ministerio Público.”

A pesar de esto, no se puede afirmar que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Patria Potestad configuren un hecho delictivo por sí mismos, pues a tenor de lo argüido es constante la existencia de alguna circunstancia que acompañe el hecho para poder decantar en un proceso que afecte directamente el ejercicio de la Patria Potestad, inclusive, sería menester subsumir el desacato a la autoridad como un hecho que pueda configurar, a su vez, causal de privación de la Patria Potestad con arreglo al ya estudiado Artículo 352 de la LOPNNA, pues es fundamental recalcar, que la disposición *in fine* de dicho Artículo deja la última palabra al juez especializado, sobre la decisión de procedencia de la privación.

Analizados todos los elementos necesarios, se debe resaltar que la interrogante central sobre el sistema que en Venezuela rige en esta materia, debe estar dirigida a responder si una institución como la Patria Potestad, de naturaleza civil, debe contemplar sanciones penales directas relacionadas con el incumplimiento de los deberes que la misma conlleva. Es decir, la tipificación de delitos derivados de la acción del sujeto obligado por la Patria Potestad cuando éste incumpla con los deberes inherentes a la misma, ante lo que la respuesta negativa sería la recomendación, puesto que la legislación venezolana lo que necesita es un examen sincero que haga menos confusa la situación respecto de penas y delitos, debido a la multiplicidad de consideraciones como se ha demostrado en el texto que precede estas palabras. Los delitos son hechos punibles, acciones que derivan para la legislación venezolana en la posibilidad de privación de la Patria Potestad, y existe una correlación en cuanto a la forma en que un progenitor cumple con las obligaciones. La tipificación de conductas delictivas siempre es general y así se enseña en derecho penal, distinto sería establecer una menor discrecionalidad al juzgador civil para la determinación de la privación de la Patria Potestad, así como el establecimiento de la potestad al legislador penal de dictar como pena accesoria la privación de la Patria Potestad.

### Referencias

- Grisanti Aveledo, H. (2003) *Lecciones de Derecho Penal, parte general*. Valencia: Vadell Hermanos Editores.
- Jiménez De Asúa, L. (1999). *Lecciones de derecho penal*. (V. III). México: Oxford University Press.
- Morais, M.G. (2008). *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La reforma*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Piva, G. y Granadillo, A. (2013). *LOPNNA (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), comentada, jurisprudenciada y esquematizada*. Caracas: Librería Alvaronora.
- Poles, A., Leal, J., Mattutat, M., Grimaldo, N., Mazuera, R. y Campana, S. (2011). *Manual de derecho civil: Personas*, San Cristóbal (República Bolivariana de Venezuela): Universidad Católica del Táchira.
- Unicef, (United Nations Children's Fund). (2009). *No más trabajo infantil: una meta posible de alcanzar. Estudio sobre Educación y Trabajo infantil en la República Bolivariana de Venezuela*. (1ª Ed.). Caracas: Autor. Documento en línea: [http://www.unicef.org/venezuela/spanish/No\\_mas\\_trabajo\\_infantil\\_UNICEF.pdf](http://www.unicef.org/venezuela/spanish/No_mas_trabajo_infantil_UNICEF.pdf)

### Referencias legales

- República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional Constituyente. (2000, marzo 24) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En Gaceta Oficial Extraordinaria



- N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Con enmienda en Gaceta Oficial Extraordinaria 5.908 del 19 de febrero de 2009.
- Venezuela. Congreso de la República. (1998). Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente. En: Gaceta Oficial Extraordinaria 5.266, 1998, octubre 3.
- República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional. (2007) Reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente. En: Gaceta Oficial Extraordinaria 5.859, 2007, diciembre 10.
- República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional. (2009, septiembre 15). Ley Orgánica de Registro Civil. En: *Gaceta Oficial N° 39.264*.
- República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional. (2013, junio 4). *Ley especial para prevenir y sancionar la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*. En: Gaceta Oficial N°40.212, 2013, junio 22. Consultado el 10 de febrero del 2014 en: <http://www.tsj.gov.ve/gaceta/julio/2272013/2272013-3747.pdf>
- República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. (2006, junio 18). M.P.: Decisión N° 1240 Pedro Rafael Rondón Haaz. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1240-250708-06-0993.htm>
- República Bolivariana de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal. (2010, noviembre 26). Sentencia RC10-0256. M.P.: Deyanira Nieves Bastidas. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/noviembre/497-261110-2010-C10-256.HTML>

# PARTE 3

## Patria Potestad en Colombia

### Capítulo 6

## Análisis constitucional de la Patria Potestad en Colombia.

---

Por: **Yamal Elías Leal Esper**

Docente del programa de Derecho y miembro del grupo de investigación:

Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta

**Abogado, Universidad Católica de Colombia**

Magister en Gestión de Calidad de la Educación Superior, Universidad de Pamplona

Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás

Especialista en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Bucaramanga

Especialista en Derecho Probatorio, Universidad Católica de Colombia

---

El objetivo principal del presente capítulo es realizar un análisis constitucional sobre la potestad parental en Colombia, tomando en consideración los antecedentes de la figura jurídica, así como las deferencias constitucionales y el empalme con los derechos fundamentales del niño, que desde instancias internacionales se han estipulado. Es una oportunidad para examinar una serie de normatividades fundamentales, referentes a la familia y a la situación de los menores, sobre las cuales debe edificarse tanto el derecho de familia en especial, como toda la normativa colombiana en general. De igual forma se busca estudiar desde la Magna Carta Política de 1991 el ejercicio de la Patria Potestad, un derecho, fundamentado en una serie de deberes y obligaciones -de carácter personal, ineludible e intransferible-, que tienen como fin primordial la protección de los hijos menores.

---

### Antecedentes sobre la Patria Potestad en Colombia

La Patria Potestad como institución del Derecho de Familia se estructura en un conjunto de normas y preceptos jurídicos que tienden a regular las relaciones paterno-filiales desde los derechos y obligaciones de cada uno de los individuos. La Constitución Política de 1991 en su Artículo 42 supone la base de la Patria Potestad en Colombia al indicar, entre otras cosas, que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Por mandato constitucional y con el objetivo de proteger la familia como estructura básica de la sociedad, la Carta Política no sólo señala la forma en que la familia se conforma, sino que además integra disposiciones relativas a las relaciones de poder, sus derechos y garantías, y rol de los integrantes. A su vez, esta norma encuentra concordancias con otros postulados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16.3). Por mandato del Artículo 93 de la Carta Política, esta norma integra el llamado bloque de constitucionalidad, razón por la que el Estado está obligado en brindar las herramientas y los instrumentos jurídicos necesarios para la protección de la familia. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño del 2 de septiembre de 1990 señala que “los Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño [...]”. En resumen, estas normas de carácter superior indican que la familia representa para el Estado un elemento central de atención, y la Patria Potestad significa un instrumento a través del cual se garantiza el derecho de los niños, las niñas y los jóvenes de ser cuidados, sostenidos y educados por sus padres.

El Código Civil Colombiano, introducido en 1887 (Colombia. Congreso de la República, 1887, a.) Y que se mantiene vigente en la mayor parte de su texto hasta la fecha, estableció originalmente en su Artículo 288 que la Patria Potestad estaba comprendida como el conjunto de derechos, reconocidos por la ley, que tenía el padre sobre los hijos legítimos no emancipados, . Esta definición, además de ser bastante vaga, desconocía por completo a los hijos que nacieran por fuera del matrimonio, al tiempo en que se negaba a la madre ejercer derechos algunos sobre sus hijos. Esto último fue ligeramente corregido poco después, mediante la emisión de la Ley 153 de 1887 (Colombia. Congreso de la República, 1887) adicionando el Artículo 288 del código civil a través del Artículo 53 de la siguiente forma:

“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”, es decir, que la Patria Potestad permite el cumplimiento de las obligaciones que tienen los padres frente a sus hijos y que su perspectiva de derecho en cabeza de los padres sólo lo es en la medida que pueden direccionar la familia y los hijos en cuanto a factores de forma, v.g. el tipo de educación y formación, las características de la manutención, etc. A su vez, el Artículo en mención del Código Civil indica que le “corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos legítimos [y] a falta de uno de los padres, la ejercerá el otro”

De esta forma, si bien el titular único del derecho de Patria Potestad seguía siendo el progenitor masculino, a la muerte de este -y con el cumplimiento de los requisitos del Artículo- la madre podía reclamar dicho derecho. De igual manera, se sigue manteniendo la vaguedad sobre el contenido del derecho. Lo anterior permanecería sin cambios durante casi cincuenta años, hasta que la Ley 45 de 1936 (Colombia. Congreso de la República, 1936), en su Artículo 13, replanteara una vez más el contenido del mencionado Artículo 288, dejándolo de la siguiente manera:

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

De esta forma, si bien se mantiene, en términos generales, el contenido de la versión anterior, se hace ahora mayor claridad sobre el alcance de la Patria Potestad, especialmente al establecerse que los derechos conferidos a los progenitores deben ser entendidos, de forma obligatoria, en relación a los deberes que su condición de padres les confieren. Es decir, no se puede hablar de los derechos de la Patria Potestad, sin hablar igualmente de los deberes de la paternidad. Por consiguiente, si el derecho sigue recayendo en la madre únicamente de forma secundaria, ya no es necesaria de forma obligatoria la muerte del padre, sino sólo su falta, por cualquier causa legal. Esto se ve aún más ampliado al hablar del hijo natural, hasta el momento ignorado por completo, pero que en esta ley pasa a ser mencionado, en el Artículo 14:

“Por regla general corresponde a la madre la Patria Potestad sobre el hijo natural. Pero el juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre, siempre que no esté casado, o poner bajo guarda al hijo. A falta de la madre por matrimonio u otra causa legal, tendrá la Patria Potestad el padre natural no casado, sin perjuicio de que el juez le confiera la guarda del hijo a otra persona, a petición de parte y en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior. No tiene la Patria Potestad ni puede ser nombrado guardador el padre o madre declarado tal en juicio contradictorio”.

Así las cosas, se le asigna por defecto la Patria Potestad del hijo natural a su madre, dejando al arbitrio del juez, si este lo considera conveniente para los intereses del menor, poner dicho derecho en cabeza del padre natural, siempre y cuando este no esté casado, o poner al

menor bajo la custodia de un guarda. De manera similar al Artículo anterior, a la falta de la madre, por cualquier causa legal, el derecho queda en cabeza del padre natural no casado, aunque puede el juez conferir la guarda del hijo a un tercero, si lo considera ventajoso. Finalmente, si la declaración de maternidad o de paternidad ha sido dada mediante juicio contradictorio, es decir, no ha surgido de forma voluntaria por el progenitor, el que haya sido obligado a reconocer su paternidad no tendrá derecho a la Patria Potestad, ni podrá ejercer de guarda de su hijo.

Posteriormente, en el año de 1968, al tener lugar la creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se volvió a replantear el concepto de Filiación y de Patria Potestad en la legislación colombiana, estableciéndose en el Artículo 19 de la Ley 75 de 1968 (Colombia. Congreso de la República, 1968), lo referente a la Patria Potestad del hijo legítimo:

“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. Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos el padre y, a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre. Si quien ejerce la Patria Potestad pasare a otras nupcias, el juez podrá, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente, poner bajo guarda al hijo. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”.

Se ve entonces como empieza a hacerse un tratamiento más igualitario de los dos progenitores, ya que si bien el titular principal del derecho sigue siendo el padre, desde un principio se plantea que ambos padres son sujetos de dicho derecho, de tal forma que deja de hablarse en singular en el primer inciso del Artículo, para hablar ahora en plural. En la misma línea, esta última Ley, en su Artículo 20, introduce también cambios en la Patria Potestad de los hijos naturales, que sigue en cabeza principal de la madre, siendo el cambio más representativo que las nupcias de los progenitores del hijo natural ya no acarrear la pérdida automática de la capacidad de ejercer la Patria Potestad, aunque sigue quedando a juicio del juez, bajo petición de parte, el otorgar la Patria Potestad al otro progenitor o nombrarle un guarda al menor. Igualmente se aclara que esta guarda poner fin a la Patria Potestad de los progenitores.

El último gran cambio legislativo vendría a estar dado por la entrada en vigencia del Decreto 2820 de 1974 (Colombia. Presidencia de la República de Colombia, 1974), que mediante su Artículo 24 reformó el inciso segundo del Artículo 288 del Código Civil, dejándolo de la siguiente forma:

“Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, le ejercerá el otro.”

Terminando, de esta manera, de igualar por completo la situación legal de ambos progenitores respecto de la Patria Potestad de los hijos. Finalmente, la Ley 29 de 1982 (Colombia. Congreso de la República. 1982), estableció la igualdad jurídica de los hijos legítimos y los hijos naturales, en virtud de la cual se debe entender que para efectos de Ley no existe diferencia entre uno y otros, y por consiguiente no puede haber un tratamiento jurídico diferenciado.

Esta posición ha sido resaltada de forma constante a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. 1991). La Corte ha venido resaltando en su jurisprudencia la igualdad ante la ley de todos los hijos, sean tenidos o no por dentro del matrimonio, razón por la cual se han eliminado las diferencias legales entre los llamados hijos legítimos e hijos naturales, y han dejado de usarse dentro de la normativa colombiana dichos términos, usándose simplemente hijos.

### **La Patria Potestad en la Constitución política de Colombia. (El interés superior del niño).**

La Constitución Política de 1991 (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991), si bien en su contenido textual no hace mención de la Patria Potestad, sí ha establecido en su articulado una serie de pautas fundamentales, referentes a la familia y a la situación de

los menores, sobre las cuales debe edificarse tanto el derecho de familia en especial, como toda la normativa colombiana en general. De esta forma, y para empezar, en su Artículo 5º la Constitución establece a la familia como la institución básica de la sociedad, razón por la cual debe ser amparada, protegida y apoyada por la actividad estatal.

Respecto de los menores, la Constitución Política de 1991 establece reglas claras para su especial protección, tal como queda de manifiesto en su Artículo 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 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.

Se puede entender entonces como, al hablar de los derechos de los menores, la Constitución Política de 1991 no sólo establece reglas para su especial protección, sino que antepone sus derechos y su bienestar a todos los demás, al tiempo en que obliga a todas las instancias de la sociedad, desde la familia hasta el Estado, a ser parte activa en la protección y asistencia de todos los menores de la nación. Esto ha sido condensado en el concepto del “interés superior del niño”, que sintetiza lo mencionado y que se debe ser incorporado de forma general a toda la actividad legislativa y administrativa del estado. Sobre la naturaleza de dicho concepto, la Corte en La Sentencia C-404, (Colombia. Corte Constitucional 2013), aclaró que:

“El interés superior del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, de donde la obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos”.

Así, se establece que el interés superior del menor es una obligación tanto del Estado como de la totalidad de los habitantes de la Nación, quienes deben actuar en conjunto, y que tiene como fin garantizar la satisfacción plena -absoluta- de los derechos del menor, buscando con ello que este tenga un desarrollo armónico e integral. Dice la Corte, siguiendo este criterio en la Sentencia T-452 (Colombia. Corte Constitucional 2012), que es necesario tenerlo en cuenta, dentro de todo el accionar social, porque:

“El objetivo de todas las actuaciones oficiales o privadas que conciernan a los niños debe ser la prevalencia de los derechos e intereses de los menores, como sujetos de especial protección constitucional. De acuerdo a las disposiciones nacionales e internacionales mencionados los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: i) la prevalencia del interés del menor; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad”.

De esta forma, establece la Corte en la Sentencia C-1003 (Colombia. Corte Constitucional. 2007), que, siguiendo la búsqueda del desarrollo armónico e integral de los menores, los

elementos que deben hacer parte del interés superior del menor son: la prevalencia automática de dicho interés, las medidas de protección necesarias para su garantía y la existencia premeditada de una serie de oportunidades y recursos, amplios y suficientes, encaminados a fomentar el mencionado desarrollo. Respecto de la Patria Potestad, y teniendo como base este interés, la Corte en dicha providencia afirmó que:

“La Patria Potestad 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. El ejercicio de la Patria Potestad sobre los hijos menores corresponde a los padres, conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro. En efecto, la Patria Potestad sólo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos”.

Se observa entonces como la Patria Potestad, a juicio de este alto Tribunal, hace más referencia a los derechos del menor que a los derechos de los padres, es decir, el régimen establecido por la Patria Potestad no tiene como fin último garantizar los derechos del padre -aunque estos tengas derechos-, sino la protección y el bienestar de los menores. Se aclara, igualmente, que tal régimen nada tiene que ver con la figura matrimonial, ya que es independiente de la misma, y que se encuentra en cabeza de ambos progenitores por igual.

Siguiendo la idea de la Patria Potestad como régimen en favor del menor, en la misma Sentencia la Corte continúa diciendo:

“Se aplica exclusivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados. Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la Patria Potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio. Es indisponible, porque el ejercicio de la Patria Potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres. La Patria Potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre”.

De esta manera, y bajo la óptica del interés superior del menor, se resalta como a partir de la Constitución Política de 1991 el ejercicio de la Patria Potestad, a pesar de ser considerado por definición un derecho, realmente establece en cabeza de los progenitores una serie de deberes y obligaciones -de carácter personal, ineludible e intransferible-, que tienen como fin primordial la protección de los hijos menores no emancipados.

### **Relación de la Potestad Parental con los derechos fundamentales del niño. (Custodia y cuidado personal).**

En Colombia, al hablar de los Derechos del niño y del interés superior del menor, no sólo la legislación interna regula la materia. El Estado Colombiano ha suscrito una gran cantidad de convenios internacionales encaminados a proteger a los menores, que se convierten de este modo en parte activa de la normativa nacional y por consiguiente deben ser tenidos en cuenta, de forma obligatoria, al referirse al tema de la Patria Potestad. Dentro de este grupo de instrumentos de carácter internacional, sin lugar a dudas la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en noviembre de 1989 por la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas - ONU, es la norma de mayor importancia, ya que recoge el espíritu de los anteriores pronunciamientos de la organización sobre la materia y los expande, sentando así las bases sobre lo que debe ser la política pública para el bienestar de los menores en todos los Estados partes.

Esta Convención aprobada mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991 (Colombia. Congreso de la República, 1991), se encuentra sustentada -al igual que los pronunciamientos nacionales ya referenciados-, en el concepto del interés superior del menor, como se evidencia

en el Artículo 3.1 de la convención, que expresa En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño,” tal como lo señala el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el concepto 112 de 2013, cuando afirma:

“La Constitución Política en el Artículo 44 enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Queda así aclarado desde los inicios de la Convención sobre los Derechos del Niño, que el interés superior del menor es el eje central sobre el cual se construirá la totalidad de su articulado y, por consiguiente, sobre el cual debe constituirse e implementarse todo el accionar, tanto público como privado, que tenga como sujetos directo o indirecto a los niños y niñas, dentro de los Estados firmantes. Esto, naturalmente, se predica también sobre el concepto de la Patria Potestad, como queda claro en el Artículo 18 de la Convención, que en su primer numeral dice:

“Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Así, y según la Convención, si bien el ejercicio de la Patria Potestad es una atribución que corresponde por derecho a ambos progenitores, de manera conjunta y coordinada, dicha potestad debe ser vista como no como un simple régimen de autoridad o control, sino como el ejercicio de una serie de obligaciones que los padres tienen con respecto del menor, en búsqueda de su bienestar y de su adecuado desarrollo. No se puede, entonces, usar la figura de la Patria Potestad de forma alguna en que resulten menoscabados los derechos del menor ya que, con respecto de dicha potestad, el interés superior del menor debe prevalecer -como resulta evidente- sobre los intereses de los padres.

Esta posición es respaldada de igual forma por la Corte Constitucional, que en diferentes pronunciamientos ha insistido en la subordinación del privilegio de la Patria Potestad al interés superior del menor. Ejemplo, en la Sentencia C-1003 (Colombia. Corte Constitucional. 2007), dicho cuerpo colegiado manifestó:

“Esta corporación ha considerado que la Patria Potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.”

De esta forma, la Corte Constitucional hace claridad sobre la naturaleza de la Patria Potestad, empezando por reconocer que su concepto arranca en una serie de derechos cuyos titulares son los padres y que recaen sobre el menor, ya sea directamente sobre su persona (como en el caso del derecho que tienen los padres a la representación legal de sus hijos) o sobre sus bienes (el derecho que tienen los padres a la administración y usufructo del patrimonio del menor). Estos derechos son legalmente exigibles por los progenitores, quienes solo pueden perderlos por orden directa de una autoridad judicial, si esta última considera que los progenitores han estado incumpliendo con sus obligaciones parentales.

Sin embargo, y tal como se hace visible en el texto referenciado, la Corte Constitucional Colombiana considera que estos derechos otorgados a los padres únicamente pueden ser entendidos como herramientas que se les dan a los mismos para que puedan cumplir de forma adecuada con sus deberes legales hacía su progenie. Es decir, tales derechos sólo tienen lugar en la medida en que los progenitores están obligados por el deber legal y judicial de velar por el bienestar físico y emocional de los menores, buscando que su ejercicio facilite a el adecuado cumplimiento de tales obligaciones.

Esto último lleva entonces a comprender por qué los jueces están capacitados para remover de los padres la titularidad de la Patria Potestad bajo el precepto del incumplimiento de los deberes parentales, ya que si los padres no están cumpliendo con los deberes que legalmente tienen hacía sus hijos, no pueden entonces exigir los derechos que la misma legislación les otorga para el cumplimiento de tales deberes. Así las cosas, queda evidenciado que la Patria Potestad se encuentra subordinada al adecuado ejercicio de los derechos de los menores, es decir, al interés superior que la normativa –nacional e internacional- ha concedido a los mismos.

### **Conclusiones**

De los tres incisos del presente capítulo se pueden obtener las siguientes conclusiones:

1. Desde sus comienzos la normativa colombiana ha consagrado la figura de la Patria Potestad, que era inicialmente entendida como un conjunto de derechos en cabeza del progenitor masculino sobre sus hijos legítimos.
2. Los cambios normativos llevaron a que, si bien la idea central de la Patria Potestad permaneciera vigente, su ejercicio se extendiera también a la madre, primero de forma suplementaria en ausencia del padre, y luego en igualdad de condiciones. De igual forma, se eliminaron las diferencias entre los hijos legítimos (tenidos por dentro del matrimonio) y los hijos ilegítimos (producto de relaciones extramatrimoniales), dándosele igual tratamiento legal a toda la progenie, y dejándose de usar los términos de legítimo e ilegítimo.
3. La Constitución Política de 1991 no incluye en su articulado ninguna referencia directa a la figura de la Patria Potestad; sin embargo, si hace referencias a la situación de la familia como institución básica de la sociedad (Artículo 5º) y a la protección especial de los derechos de los menores, al igual que su prevalencia frente a los derechos demás habitantes de la nación (Artículo 44º).
4. De esta protección especial y prevalencia se deriva entonces el concepto del interés superior del menor, entendido como un imperativo normativo que obliga a todos los habitantes de la nación, a todos los sectores de la sociedad y al Estado a buscar de forma activa el cumplimiento satisfactorio y simultaneo de todos los derechos humanos de los menores.
5. La Corte Constitucional Colombiana ha declarado en múltiples ocasiones la existencia y obligatoriedad de este interés superior de los menores y, en consecuencia, ha establecido que toda la actividad tanto de particulares como del Estado, que afecte a los menores o que les tenga como objetivo, deben siempre prevalecer los derechos de los niños, ya que estos son sujetos de una protección constitucional especial.
6. De igual forma, este interés superior del menor hace parte de la normativa internacional que, sobre el tema de los niños, ha firmado el Estado Colombiano. Esto se evidencia de forma primordial en la Convención de los Derechos del Niño, principal instrumento que sobre el tema ha proferido la ONU, que lo incluye desde el inicio de su articulado, y que considera que dicha prevalencia debe ser el pilar fundamental de todo el accionar público y privado que con respecto de los niños tenga lugar en las naciones firmantes.



7. Finalmente, y bajo la óptica del interés superior del menor, tanto la normativa nacional como internacional concuerda en que si bien la Patria Potestad puede ser entendida como un conjunto de derechos en cabeza de los padres, esta potestad sólo tiene lugar como una herramienta facilitadora de los deberes y obligaciones legales que los padres tienen respecto de sus hijos, y que van enfocadas a garantizar el bienestar y el adecuado crecimiento de los últimos. Por consiguiente, no sólo el ejercicio de la Patria Potestad debe estar siempre subordinado al interés superior del menor, sino que el incumplimiento de las obligaciones paternas puede llevar a la pérdida de la Patria Potestad.

### Referencias legales

- Colombia. Congreso de la República. (1887). Ley 57 de 1887. Por medio de la cual se expide el Código Civil Colombiano.
- Colombia. Congreso de la República. (1887). Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.
- Colombia. Congreso de la República. (1936). Ley 45 de 1936. “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.
- Colombia. Congreso de la República. (1968). Ley 75 de 1968 – Mediante la cual se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Colombia. Presidencia de la República. (1974). Decreto 2820 de 1974 - Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.
- Colombia. Congreso de la República. (1982). Ley 29 de 1982. Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de 1991.
- Colombia. Congreso de la República. (1991). Ley 12 del 22 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.
- Colombia. Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-1003 MP.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-145. MP.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-452 M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-404 MP.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2013). *Concepto 112 de 2013* - Características de la Patria Potestad.

# Capítulo 7

## La Patria Potestad en el Derecho Civil Colombiano.

---

Por: **Andrea Aguilar Barreto**

Docente del programa de Derecho y miembro del grupo de investigación:  
Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta  
**Abogada, Universidad Libre Cúcuta - Administradora, ESAP**  
Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctorando en Educación, UPEL.  
Maestrante en Innovaciones Educativas, UDES  
Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander  
Especialista en Administración Educativa, UDES

---

La familia a lo largo de la historia se ha presentado de una manera dinámica, variando su rol de acuerdo a los contextos sociales de cada época. En la actualidad, según los postulados generales del derecho interno y del ámbito internacional, los Estados han ajustado esta institución para proteger la estabilidad y el sano desarrollo del núcleo familiar. Surge entonces, el Derecho de Familia como resultado de una construcción socio-histórica y particular que encuentra sus bases en la institución de la familia con relevancia para el orden jurídico-social y el poder político. De acuerdo con Ramos (1998, p.40) el Derecho de Familia desde un sentido objetivo, lo define como un conjunto de instituciones, normas, reglas y principios jurídicos que regula las relaciones entre los miembros y, desde lo subjetivo, como los poderes o facultades que tienen su fuente en las relaciones de los miembros para alcanzar los fines superiores a la misma estructura.

Según esto, el sentido objetivo del Derecho de Familia conduce inexorablemente al abordaje de varios objetos de estudio que integran y estructuran las relaciones familiares. Dentro de este cúmulo de objetos se encuentra la Patria Potestad, concebida como una institución jurídica de la que hace uso el Estado para garantizar el derecho que tienen los hijos de ser sostenidos, protegidos y educados por sus padres, o como lo plantea Albadalejo (1982, p. 422) como poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

El estudio de la Patria Potestad no es un tema reciente en el ámbito jurídico, como se observó en el capítulo anterior. Por el contrario, constituye una institución proveniente del Derecho Romano, a través de la cual se integraban dos elementos esenciales; la orientación, organización, jerarquía y, el género y la edad. En efecto, en la antigua Roma sólo la ejercían los hombres sobre sus hijos legítimos, e incluía la administración de sus bienes (Villalta, 2010, pp.71-93). Ahora bien, desde un carácter socio jurídico, la Patria Potestad es un tema vital para el Derecho de Familia, relevante para el Derecho Constitucional y otras disciplinas como la sociología y las socio humanidades bajo otros enfoques y perspectivas.

En esta oportunidad se explora la Patria Potestad en la legislación Colombiana desde el Derecho sustantivo. Se trata de analizar las normas que la integran a fin de describir el concepto, alcance, limitaciones, titularidad, los derechos y las obligaciones, el proceso de restablecimiento, las decisiones judiciales que se profieren para su protección y el papel del Estado en su regulación. Aunque esta labor no es sencilla, si corresponde a una investigación exploratoria y descriptiva con enfoque epistemológico fenomenológico, con apoyo en el método hermenéutico sobre el contenido de Ley, la doctrina y la jurisprudencia. A continuación se plantean los elementos propios de ésta figura desde los postulados del derecho Civil, fase previa para comprender los elementos de comparación con la legislación Venezolana.

---

### De la Patria Potestad a la Potestad Parental

La Patria Potestad es entendida como el poder que tiene una persona para proteger, cuidar y salvaguardar el desarrollo integral de otra generalmente menor de edad. Hoy esta concepción abarca a los padres (ambos), aunque no siempre ha sido así. Al hacer una revisión

etimológica de la expresión *Patria Potestad*; *Patria* que significa linaje, descendencia, familia, raza, casa, hogar, y padre, y *Potestad* que se deriva del latín *potestas* y significa poder, imperio, facultad o dominio. Asumida entonces, desde la antigüedad como el poder del padre en beneficio exclusivo de la familia y de los hijos sometidos a él. Hoy tras las dinámicas sociales esta definición trasciende la literalidad, dejando el tono patriarcal que en la actualidad se percibe machista y discriminatorio, pasando de ser el Poder del padre a concebirse como la: Potestad Parental.

### **Patria Potestad: ¿Derecho u Obligación?**

La Patria Potestad constituye un constructo ampliamente abarcado por la literatura, la doctrina y la jurisprudencia. No obstante lo anterior, su dimensión conceptual resulta amplia y heterogénea. Por ejemplo, hace más de veinte años algunos autores consideraban que esta figura correspondía a un derecho propio de los padres que se concretaba al espacio privado de la familia y las relaciones sociales, o bien un privilegio que permitía la dirección de los hijos limitando su voluntad (Rodríguez, 1990, pp. 365-380).

En la actualidad, este concepto comprende una relación respetuosa y solidaria entre ascendentes y descendientes, marcada por la autoridad conferida por la Ley a los padres (Zizumbo, 2007, p 2). Por tanto, al compararse los aportes conceptuales se evidencia que ha sido resignificada y flexibilizada, pues antes se percibía como un derecho y hasta un privilegio de los padres sobre los hijos y, con el paso del tiempo se ha modificado con otros elementos sin perder su naturaleza estricta. Basta con explorar el criterio planteado por algunos doctrinantes a comienzos del siglo XX. Para (Fernández, 1919, p.9) la Patria Potestad se entiende como el conjunto de derechos que la ley positiva reconoce al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. En el contexto Colombiano, para la década de los setenta del siglo pasado, la mujer conquista la igualdad frente al hombre en materia jurídica y, parte de estos cambios se traduce en el ejercicio compartido de aquella.

En efecto, hasta mediados de la década de los setenta en el siglo XX, en el contexto colombiano, la mujer conquista la igualdad frente al hombre en materia jurídica, y parte de estos cambios se traduce en el ejercicio de la Patria Potestad sobre los hijos en consuno con el padre. Señala Villalta (2010, p. 71):

“En las primeras décadas del siglo XX comenzó a formularse un discurso sobre la familia que enfatizaba fundamentalmente las obligaciones de los padres respecto de sus hijos. Así fueron relativizados los derechos, otrora considerados absolutos, de los progenitores y se hizo hincapié en las responsabilidades que éstos debían asumir para ser considerados legalmente como tales”.

En el mismo orden de ideas, (Pérez, 1998, p.35), plantea la Patria Potestad comprende una institución jurídica cuyo fin es el bienestar de los menores, que el objetivo de esta figura consiste en asistir, proteger y representar a los niños y niñas cuya filiación está legalmente establecida. Afirma, que para cumplir estos fines contiene un conjunto de deberes y derechos instrumentados por medio de normas jurídicas. Su ejercicio y cumplimiento recae en la persona de los ascendientes padre, madre, abuelos y abuelas - tanto por la línea paterna como por la materna. Concluye, expresando que esta institución se refiere tanto a la persona del menor como a sus bienes y, tiende a conseguir el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación que tienen el padre y la madre sobre sus hijos e hijas.

La Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional, 2012) en la Sentencia C-145, la define, como un es un instrumento jurídico del que goza el Estado para “garantizar el desarrollo armónico e integral del menor de edad”, afirmando posteriormente en la Sentencia T-266 del 2012, la Patria Potestad como un conjunto de derechos y facultades que buscan, a fuerza de Ley, el bienestar y la protección de los hijos no emancipados en cabeza de los padres de familia o alguno de ellos a falta del otro.

Desde la visión del máximo Tribunal, en la primera providencia antes citada, esta figura jurídica comprende una obligación de los padres porque el derecho se sitúa en la esfera de los hijos, que implica el deber de los padres en términos de cuidado, manutención, educación y formación. Dice la Corte, que los derechos que emanan de esta institución no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado, que exige el cumplimiento de obligaciones por parte de los padres, para mantener la armonía, estructura y equilibrio de la familia, llegando incluso a la imposición de sanciones por su inobservancia.

Por otro lado, esta figura también debe interpretarse desde otros enfoques. Por ejemplo, las facultades y deberes que de ella se desprende pueden ser analizadas desde el orden natural, pues los vínculos que produce se originan en la procreación; desde lo afectivo, porque el parentesco, la convivencia y el nexo tan cercano produce sentimientos de afecto y cariño; desde el campo ético, en la medida que existe un deber moral del padre y la madre de atender y cuidar al hijo, así como de respetar y obedecer a los padres por parte de estos y, desde un ámbito social porque de la Patria Potestad nace la tarea de socialización (Pérez, 1998, p 46). Cada uno de estos elementos invita a reflexionar sobre el papel, la función, el rol de la familia y de la necesaria protección por parte de las instituciones del Estado.

El Congreso de la República (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) en su Artículo 42 considera a la familia como la institución básica de la sociedad, que por su estructura, dinámica, relaciones y las normas que la regulan puede considerarse como un verdadero sistema, al disponer que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, obligados a sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Ramos (1998, p.9) define la Familia como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a la que la Ley atribuye efecto jurídico. Entonces, la Familia corresponde a una organización humana cuyas relaciones definen su estructura y dinámica regidas por la Ley en cuanto a su origen y efectos.

Explica Medina (2008, pp. 29-30) que el núcleo familiar corresponde a un “sistema de convivencia de los seres humanos que permite obtener la mayoría de las ventajas en la vida en sociedad”. Esto significa que la familia es el sistema organizacional más elemental de la sociedad y su importancia radica en el impacto que puede tener estas relaciones en la formación y construcción de sujetos para una comunidad justa, solidaria y en paz. Agrega:

“El simple hecho de que la familia eduque al sujeto para la supervivencia, la solidaridad y la convivencia, aprendiendo a respetar la autoridad, a raciocinar y dialogar, a aceptar las limitaciones a su libertad, a manejar su propio espacio y reconocer el de los demás, con la insuperable ventaja de que esa educación es impartida por individuos que lo hacen con el mayor afecto y afán de protección, justifica cualquier esfuerzo del poder político para defender la estabilidad de la familia”.

Por último, es preciso hacer mención a las características o atributos que le son propios y que se convierten en verdaderos principios. La Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional, 2007) en su Sentencia C-1003 desarrolló ampliamente estas características destacando que dicha institución es: (I) un régimen de protección a hijos menores no emancipados, (II) obligatoria e irrenunciable; (III) personal e intransmisible; (IV) indisponible; (V) una labor gratuita; (VI) una facultad de ejercicio personal.

La primigenia característica significa que la Patria Potestad es exclusiva para la protección de los hijos menores y su finalidad es garantizar desde la relación familiar el goce de los derechos a los hijos. Es obligatoria e irrenunciable porque no es opcional para los padres sino que nace de la relación paterno-filial, siendo imprescindible a menos que la Ley prive de la misma o excluya de su ejercicio a alguno de los padres. Es eminentemente personal porque los derechos y obligaciones que emanan de la Patria Potestad, son intransmisibles e irrenunciables. En efecto, sólo los padres pueden ejercerla a menos que sean privados o excluidos para su

ejercicio, razón por la que no se puede ceder dicha facultad. La siguiente característica enfatiza que es indisponible en la medida que no puede ser atribuida, modificada, regulada o extinguida por voluntad privada, sino que ello sólo es posible en la medida que la Ley lo determine y lo permita. Por último, es una labor gratuita, pues no habrá contraprestación por el hecho de garantizar el goce de los derechos de los hijos ya que corresponde a un deber legal indelegable.

## **La titularidad y ejercicio de la Patria Potestad**

Conforme al inciso 2o del Artículo 288 del Código Civil (Colombia. Consejo Nacional Legislativo, 1873), la titularidad de la Patria Potestad sobre los hijos le corresponde, en conjunto, a los padres y a falta de uno de ellos será ejercida por el otro de forma exclusiva. Este inciso fue modificado, ampliando este deber a la madre pues hasta ese momento solo era ejercida por el padre. Para Rossi (2012, pp. 119-128), esta institución no busca el enfrentamiento paterno-materno, sino una igualdad entre los progenitores sobre los hijos

La Corte Constitucional (Colombia. Corte Constitucional, 2007) en la Sentencia C-1003 refiriéndose a la titularidad de la Patria Potestad conceptuó, que esta corresponde a un régimen paterno-filial de protección sobre los hijos y que no es originaria exclusiva del matrimonio, pues dicho vínculo puede existir en ausencia de una relación matrimonial. Además, explica esta corporación, que sólo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos. La Patria Potestad, si bien resulta ser una facultad de los padres por la relación íntima y especial que guarda con sus descendientes en primer grado, la Ley ha cobijado casos excepcionales para privarlos de ella a través de la suspensión o pérdida de la misma, sin olvidar, que esta tiene limitaciones en cuanto a su ejercicio pues no puede transgredir los derechos fundamentales de los menores.

De lo expuesto se colige, que el ejercicio legítimo de esta institución familiar se puede suspender o perder, siendo fenómenos jurídicos distintos y con efectos particulares diferentes. Por un lado, la suspensión significa el cese temporal de los efectos jurídicos, hasta que el padre sea rehabilitado y, la pérdida implica, un periodo indefinido para el ejercicio de la misma, con fundamento en la ejecución de conductas graves que implican el deterioro del bienestar del menor.

La suspensión de la Patria Potestad está regulada por el Código de Civil (Colombia. Consejo Nacional Legislativo, 1873) en su Artículo 310 que establece las causales para su procedencia; (I) demencia; (II) estar en entredicho de administrar sus propios bienes; o (III) por su larga ausencia. La Corte Constitucional (. 2010), señala que la suspensión de esta facultad de ambos padres da lugar a que se designe guardados al hijo no emancipado, manteniéndose los padres obligados al cumplimiento de sus deberes. En este sentido, el Artículo 311 *ibídem*, ordena, que la suspensión será decretada por el juez con conocimiento de causa y una vez se oiga a los parientes del hijo y al defensor de menores, siendo atribuida la competencia al Juez de Familia esta decisión temporal conforme a lo preceptuado por (Colombia. Presidencia de la República, 1989) Decreto 2272, Artículo 5, siendo factible la rehabilitación una vez superada las circunstancias que la motivaron mediante el trámite del proceso verbal.

Específicamente la pérdida de la Patria Potestad se da como un proceso natural e inevitable cuando se presenta la muerte de quien la ejerce, siendo objeto de transferencia en ese momento; también cuando se da la emancipación, derivada del matrimonio como un acto jurídico autorizado por quien tiene la potestad; y finalmente, por la mayoría de edad del hijo. Pero existen circunstancias donde la Patria Potestad se pierde como consecuencia de actos de quien la ejerce relacionadas para el caso colombiano en el Artículo 315 del C.C, Modificado por el art. 45, Decreto 2820 de 1974, delimitado en su numeral 1 por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1003 de 2007 y ampliado en el numeral 4 por el Decreto 772 de 1975, y numeral 5 por la Ley 1453 de 2011, definiendo de esta manera las causales para que opere la pérdida de la Patria Potestad, estipulando las siguientes: (I) maltrato del hijo; (II) abandono del hijo; (III) depravación incapacite al padre o a la madre para el ejercicio de la Patria Potestad; y (IV) condena a pena privativa de la libertad superior a un año de alguno de los padres; (V)

Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas. Le corresponde al Juez de Familia decidir sobre el asunto a petición de algún consanguíneo del menor, el defensor de familia y aún de oficio considerando la primacía de los derechos de los niños, las niñas y los jóvenes. Los efectos de la decisión judicial que da por terminada la Patria Potestad como lo plantea la Corte Constitucional en la Sentencia C-145 de 2010, implican la emancipación del hijo de manera definitiva y no se puede recuperar. En consecuencia, decretar la pérdida de este deber exige al Juez de Familia (Riaño, 2013, pp. 297-310).un análisis profundo y crítico que le permita inferir la voluntad o no de una persona de ser padre

También, ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia C-997 de 2004) que la pérdida de su ejercicio, tiene como fundamento finalizar los derechos que ejercen los padres sobre los hijos atendiendo a la prevalencia de sus derechos consignados en la Carta Política y en los tratados y convenios internacionales:

“Considera la Sala que precisamente el principal objetivo de la medida legislativa de terminación de la Patria Potestad, es poner fin al ejercicio de los derechos que con fundamento en ella ejercen los padres respecto de los hijos, en aras a garantizar la prevalencia de los derechos que éstos tienen reconocidos constitucionalmente. En este sentido, la terminación de la Patria Potestad independientemente de la causal que se invoque efectivamente tendrá como consecuencia la separación jurídica de los hijos frente a sus padres en lo que respecta a los derechos que éstos ejercen sobre ellos. Extinción de derechos que se encuentra justificada en la medida que con esa determinación se protege al menor de personas que no brindan las condiciones morales, éticas, sociales, etc., para su desarrollo integral y que por el contrario con sus conductas (acciones u omisiones) ponen en riesgo la correcta formación de las niñas y niños en un ambiente de armonía y unidad”.

Ahora bien, al referirnos al tema de la titularidad de la Patria Potestad, se hace obligatorio analizar las limitaciones a las facultades de los padres sobre sus hijos. El marco que limita la conducta de los padres en cuanto al ejercicio está dado por el conjunto de derechos y garantías que se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes, tanto de orden constitucional como legal. Así, el ejercicio de esta facultad, no implica un abuso de los derechos de los hijos, por ejemplo, el de libertad de pensamiento y expresión, la libertad de conciencia y religión, o el derecho al libre desarrollo (Bravo, 2012, pp. 4, 5).

De allí que, Rossi (2012, pp. 119-128.) manifieste que uno de los temas que más opiniones, reflexiones y posturas produce, es el ejercicio de la Patria Potestad, es decir, los alcances y limitaciones de esta institución en cuanto a poder otorgado a los padres sobre los hijos. Como se verá a continuación, la Patria Potestad sólo comprende la facultad de los padres para usufructuar los bienes del hijo, administrar los bienes y representar al hijo no emancipado en el ámbito judicial y extrajudicial. Así las cosas, en los otros ámbitos, los derechos y garantías de los menores son elementos que limitan la voluntad y las decisiones del padre y la madre sobre el hijo. El espectro que representa la Patria Potestad y su ejercicio, trae consigo en la práctica múltiples confusiones y el desconocimiento de los límites es un punto neurálgico al igual que la confusión entre Patria Potestad y autoridad paterna (Guerra y Montoya, 2002).

### **Derechos y obligaciones derivadas de la Patria Potestad**

La Patria Potestad, como ya se ha expuesto, deriva en un conjunto de facultades y obligaciones, es decir, derechos y deberes de los individuos de los cuales se predica esta institución. En cuanto a estas facultades y obligaciones, la Sentencia T-884 (Colombia. Corte Constitucional, 2011), mantiene una tesis interpretativa la cual es de meritoria exploración y revisión:

[...] la Patria Potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las

obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

Como se observa, sobre la Patria Potestad descansa tanto un conjunto de derechos como de obligaciones, los primeros relacionados con la autoridad paterna y materna, y los segundos con la formación personal del menor, pero en ambos casos el interés de este último es el que se busca proteger. En efecto, enfatiza la Corte Constitucional en la precedente providencia, que:

[...] los derechos derivados de la Patria Potestad no quedan enteramente a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón a que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren -los padres-, sino en favor de los intereses de los hijos menores, para que, a través de ellos, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre el que se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

La corporación de cierre constitucional en la Sentencia C-404, reitera su posición sobre la naturaleza de la Patria Potestad cuando afirmó:

La Patria Potestad es una institución creada por el derecho para facilitar la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, lo que significa que la Patria Potestad no se ha otorgado a los padres en provecho personal, sino como un deber que reporta bienestar al menor en cuanto a la crianza, la educación, el establecimiento de la persona; éstos último relacionado directamente con la ayuda y asistencia que le deben otorgar al menor.

La Patria Potestad produce efectos sobre los hijos en dos dimensiones, una relacionada con las personas y la otra con los bienes. Respecto a la primera se genera la obligación de educar al menor, corregirle con moderación, sin violencia. En segundo lugar respecto a los bienes se generan efectos frente a su administración y usufructo.

Entre los derechos que tienen los padres según la Sentencia C-1003 de 2007, de la misma instancia jurisdiccional, se encuentran algunos de tipo patrimonial como: El usufructo de los bienes del hijo; la administración de esos bienes; el derecho de la representación judicial y extrajudicial del hijo.

En el mismo sentido existen unos derechos de carácter personal que se concretan en la guarda, dirección y corrección del hijo. Por su parte, el numeral 2º del Artículo 411 del C.C. describe la obligación de los padres de brindar alimentos y el cuidado a los hijos, siendo la educación, formación e instrucción del menor, otra obligación plasmada en el Artículo 262 del C.C. que expresa: “Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”; destacando la Corte Constitucional en la misma providencia, que el derecho de corrección y sanción no corresponde a una facultad absoluta de los padres, “pues encuentra como límite los derechos fundamentales del menor y debe siempre atender el interés superior del niño”, y añade que ello implica la prohibición de ejecutar “actos de maltrato, violencia física o moral, o que lesionen la dignidad humana, o que se puedan confundir con éstos por ser contrarios a la Constitución”.

En este orden, (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) contenido en el Artículo 44 superior, crea un marco de protección especial sobre los niños y las niñas a través del otorgamiento de un conjunto de derechos y garantías prevalentes sobre las demás personas. Así mismo, estipula en el Artículo 42 superior que la familia, la sociedad y el Estado están llamados a garantizar el goce de estos derechos a fin de promover un crecimiento armónico e integral, en concordancia con los tratados y convenios internacionales que integran el denominado bloque de constitucionalidad:

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 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.

Finalmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia (Colombia. Congreso de la República, 2006), incorpora el concepto de responsabilidad parental indicando que se trata de un complemento de la Patria Potestad contenida en la legislación civil entendida como una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los hijos e hijas en el proceso de formación. Esto implica que, si bien corresponde a una facultad, trae consigo el cumplimiento de estas obligaciones en favor del menor para lograr el máximo nivel de satisfacción en sus derechos.



## Capítulo 8

# Ineficacia Jurídica del Derecho a la Patria Potestad en Colombia.

---

Por: **Andrea Aguilar Barreto**

Docente del programa de Derecho y miembro del grupo de investigación:  
Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta

**Abogada, Universidad Libre Cúcuta - Administradora, ESAP**  
Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctorando en Educación, UPEL.,  
Maestrante en Innovaciones Educativas, UDES,  
Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander  
Especialista en Administración Educativa, UDES

---

Abordar la ineficacia de la Patria Potestad implica partir del reconocer la función que impone la norma a ésta figura, y posteriormente la descripción del como en el ejercicio dicha función se pierde en detrimento de los derechos de los menores y de la figura misma. En Colombia la normatividad, tanto de orden constitucional como legal, si bien no es clara y precisa en cuanto a la función del Estado de garantizar la Patria Potestad, por analogía se infiere el deber del mismo frente a esta institución jurídica. Por ejemplo, la norma superior en el Artículo 42 sitúa a la familia como la institución básica de la sociedad, describe que “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”, señalando más adelante que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Como se observa, la norma constitucional enfatiza que el Estado junto con la sociedad es responsable de la protección integral de la familia y para ello la Patria Potestad se ha convertido en una institución y un mecanismo del poder político para asegurar el goce de los derechos plenos de los menores. Si bien en primera medida les corresponde a los padres la función de crianza, educación y corrección, el Estado tiene la función de hacer cumplir cada uno de estos deberes a través de políticas públicas, leyes, programas e instituciones acordes.

---

### La Patria Potestad como régimen de protección y la finalidad de las decisiones dictadas sobre el régimen

La Constitución Política en el Artículo 44 (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) señala que el Estado junto con la familia y la sociedad, tienen la obligación de asistir y proteger al niño a fin de promover un desarrollo armónico e integral y el ejercicio de los derechos que se le ha otorgado. Así las cosas, la familia y en especial los padres de hogar son quienes están llamados en primera medida al cumplimiento de los deberes que se desprenden de la Patria Potestad, pero la satisfacción de esos deberes son el producto de un proceso legislativo, administrativo y político que se soporta o fundamenta en las acciones del Estado. De allí que el incumplimiento de los deberes que tienen su origen en la Patria Potestad así como la extralimitación de las facultades otorgadas a los padres podrán ser llevadas ante la autoridad competente para que se hagan cumplir los mismos y/o se fije sanciones a quienes por deber legal le correspondía el desarrollo integral del niño.

Otras normas relativas a la Patria Potestad son de carácter sustantivo y procedimental que regula aspectos específicos de la Patria Potestad en cuanto a facultades, derechos y obligaciones. En el cuadro 1 se especifica cada una de estas normas, el Artículo relacionado con la Patria Potestad y su respectiva interpretación, elementos normativos diferentes a los ya mencionados a lo largo de este apartado:

Fuente	Contenido normativo	Interpretación
Código de Procedimiento Civil	<p>Art. 247. Asuntos que comprende. Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este capítulo, los siguientes asuntos: [...] 2. Privación, suspensión y restablecimiento de la Patria Potestad o de la administración de los bienes del hijo y remoción del guardador.</p>	<p>A través del proceso verbal se ventilará el asunto de la Patria Potestad relacionada con la privación, suspensión y restablecimiento de la misma. Del mismo modo incluye la administración de los bienes del menor, otro aspecto esencial de la Patria Potestad como facultad de los padres.</p>
	<p>Artículo 435. Asuntos que comprende el Proceso Verbal Sumario. Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos: [...] 5. Las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la Patria Potestad; los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior; la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo; la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del juez [...]”.</p>	<p>A través del Proceso Verbal Sumario y en única instancia se ventilarán los asuntos relacionados con el ejercicio de la Patria Potestad, es decir, cuando existan discrepancias de fondo en cuanto a la forma de llevar a cabo la crianza, formación y dirección del hogar entre quienes están facultados por la Ley al ejercicio de la Patria Potestad. Es posible que en la práctica, las decisiones en cuanto a la dirección del hogar sean heterogéneas, es decir, no compartidas y frente a ello el Juez debe decidir en favor del menor conforme a los derechos y garantías que le asisten en el marco constitucional y legal.</p>
Decreto 2820 de 1974	<p>Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones. 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 sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.</p>	<p>Se establece con incidencia frente a la Patria Potestad: el reconocimiento de la igualdad de derechos de la pareja. Se concibe desde entonces el ejercicio de La Patria Potestad de manera privativa y conjunta a los padres, y a falta de uno al otro, existiendo la posibilidad de que sea delegada entre ellos mismos.</p>
Decreto 2150 de 1995	<p>Art. 9º. Todo menor puede obtener pasaporte y salir del país en compañía de sus dos padres, sin acreditar ningún otro documento. En caso de que lo haga con el cónyuge supérstite, además del pasaporte, bastará acreditar el registro de defunción del padre faltante. Cuando el menor salga del país acompañado de uno solo de los padres, bastará con acreditar mediante documento reconocido la autorización del otro padre, si la Patria Potestad se ejerce conjuntamente.</p>	<p>Esta norma contempla la salida de los menores del país y los requerimientos para que sea posible. Aquí la Patria Potestad busca ser protegida y por ello la Ley establece que la salida de un menor del territorio debe ser consentida por ambos padres, a fin de no privar al otro de la facultad y garantizar al niño o niña el gozo de sus derechos.</p>
Decreto 2272 de 1989	<p>Artículo 5. Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos: [...] En primera instancia: [...] 5. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la Patria Potestad y de la administración de los bienes de los hijos”.</p>	<p>La norma indica de forma restrictiva el conocimiento a los jueces de familia los asuntos relacionados con la pérdida, suspensión y rehabilitación de la Patria Potestad de los padres.</p>
Ley 1098 de 2006	<p>Art. 14. 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.</p>	<p>Si bien la Ley 1098 de 2006 contiene varios Artículos que abordan indirectamente la Patria Potestad, el Artículo 14 es el contenido normativo más relacionado, pues aborda la responsabilidad parental, que es interpretada por la misma Ley como un complemento de la Patria Potestad en torno a la obligación de orientar, cuidar, acompañar y criar a los hijos e hijas como obligaciones compartidas por ambos padres con el fin primordial de proveer el máximo bienestar de los niños, las niñas y jóvenes.</p>

Tabla. Otras normas que reglamentan la Patria Potestad en Colombia. Fuente: Autor.

Como se ha señalado a lo largo del texto, el Estado tiene por función garantizar el cumplimiento de los deberes que se desprenden de la Patria Potestad atendiendo a la supremacía de los derechos de los menores y a la protección especial que merecen los mismos. Por lo anterior, no sería posible hablar de la efectividad de estas normas garantistas si no se relaciona las instancias competentes tanto de naturaleza judicial como administrativa, que en Colombia operan para garantizar el cumplimiento de las mismas. En este sentido la ley Colombiana establece como Instancias judiciales y administrativas competentes en asuntos de Patria Potestad, las siguientes:

Naturaleza	Competente	Descripción
Judicial	Juez de Familia	De acuerdo al Artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, los Jueces de Familia tienen competencia en primera instancia de: [...] 5. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la Patria Potestad y de la administración de los bienes de los hijos. Así mismo, en única instancia conocen sobre: d) De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores; h) De los permisos a menores de edad para salir del país, cuando haya desacuerdo al respecto entre sus representantes legales o entre éstos y quienes detenten la custodia y cuidado personal; i) De los procesos de alimentos, de la ejecución de los mismos y de su oferta.
Administrativa	Instituto Colombiano de Bienestar Familia (ICBF)	De acuerdo a la Ley 79 de 1979, el ICBF tiene por función la protección del menor de edad y el fortalecimiento de la familia en Colombia. Para esto se le ha otorgado un conjunto de funciones amplias entre las que se encuentra el diseño, implementación y evaluación de políticas, acciones y programas destinados a la garantía de los derechos de los niños, niñas y jóvenes. Dentro de sus competencias se encuentra el desarrollo de programas de adopción, y en estos casos debe velar porque el ejercicio de la Patria Potestad sea conforme a la Constitución y la Ley.
	Defensor de Familia	El Estatuto Integral del Defensor de Familia, en el capítulo segundo, Artículo 5º, establece diversas competencias. Por ejemplo, en materia de conciliación puede adelantar conciliación extrajudicial en asunto de familia relacionados con derechos y deberes de los actores, así como el de aprobar conciliaciones sobre custodia y cuidado personal del niño, relaciones paterno-materno filial, cuotas alimentarias. En el área civil, el Defensor de Familia representará a los niños y adolescentes en actuaciones administrativas cuando no cuenten con representante legal o el mismo sea la fuente de la amenaza. Por otro lado, la Ley 1098 de 2006 en su Artículo 79 señala que el Defensor de Familia es una autoridad competente para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y jóvenes.
	Defensoría del Pueblo	Atendiendo a que las garantías relacionados con los niños, las niñas y los jóvenes hacen parte de los Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo tiene como función “promover, ejercer, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos y prevenir sus violaciones [...]” (Decreto 25 de 2014). Así mismo, en el numeral 8º del Artículo 5º del mismo Decreto se describe la función de “impartir los lineamientos para adelantar las estrategias y acciones que se requieran para garantizar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional”.
	Policía de Infancia y Adolescencia	Esta unidad de la Policía Nacional tiene como función salvaguardar los derechos y garantías de los niños, niñas y jóvenes a través de programas de prevención y acciones específicas frente a la vulneración de los derechos de los menores.
	Comisarías de Familia	Tienen por función “prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la Ley” (Art. 83, Ley 1098 de 2006). Dentro de sus funciones específicas se encuentra “5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar” (Art. 86, Ley 1098 de 2006).

Tabla. Instancias judiciales y administrativas con competencia en asuntos de Patria Potestad. Fuente: Andrea Aguilar.

## **Función del Estado Colombiano frente a la garantía de la Patria Potestad, desde el sistema judicial.**

El incumplimiento en el ejercicio de la Patria Potestad se refiere a las formas en que los padres, quienes tienen de forma exclusiva el ejercicio de la misma, pueden en determinado evento transgredir las normas constitucionales y legales, así como las decisiones tanto judiciales como administrativas que las autoridades competentes toman con ocasión de sus funciones. De este modo, el incumplimiento en el ejercicio de la Patria Potestad puede configurarse de muchas formas, bien porque hay extralimitación en las facultades que le otorga la Ley a los padres sobre los hijos o porque omiten el cumplimiento de algunos de los deberes que se les ha impuesto o porque se exceden en los mismos vulnerando sus derechos constitucionales. El trabajo investigativo de Ángel (2005) ofrece un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a temas del Derecho de Familia sobre los cuales ha decidido el Tribunal. El análisis correspondiente a los años 2003 y 2004 evidencian que los casos sobre Patria Potestad que con mayor frecuencia se tratan son: Patria Potestad de los padres cuando el cuidado de los menores está en cabeza de otros, Patria Potestad sobre aquel que se va a dar en adopción y atributos de la Patria Potestad en cuanto a usufructo y administración de los bienes del menor.

Lo anterior indica una serie de problemas que se presentan con ocasión del ejercicio de la Patria Potestad los cuales se relacionan con las facultades de los padres (usufructo y administración de bienes) pero no sobre la representación judicial y extrajudicial del menor. Así mismo, estos litigios se centran en el ejercicio de la Patria Potestad por quienes adoptan o aquellos que solicitan esta facultad por encontrarse en cabeza de otros, es decir, la crianza, cuidado y educación del menor. De una u otra manera, los casos revisados por la Corte Constitucional son un indicador de los principales problemas relacionados con la Patria Potestad. En la Sentencia T-012 (Colombia. Corte Constitucional, 2012) a manera de ejemplo, la Corte Constitucional revisa y analiza el caso de la suspensión unilateral, por parte de la madre, del régimen de visitas del menor al padre, y la Corte conmina a la parte a no suspender el mismo, a pesar de que la madre argumenta su decisión en el posible abuso sexual del menor en el hogar del padre. Aquí se observa una razón de tipo social para el incumplimiento de la Patria Potestad, al menos a lo que respecta que la Patria Potestad será ejercida por ambos padres de forma conjunta y radica en el sentido y deber de protección que tienen los padres sobre los hijos, lo cual genera posturas extremas.

Otras formas evidentes de incumplimiento se encuentra en la ausencia de algunos de los padres, por ejemplo, cuando media una separación o un divorcio. En muchas ocasiones, este tipo de eventos conducen a que alguno de los padres de aleje sin ejercer de forma efectiva los deberes de cuidado, protección y educación. En efecto, no se trata de satisfacer los medios económicos que posibiliten el disfrute material, que si bien son importantes, no representan todos los deberes propios de la Patria Potestad. Pero existen otros casos de ausencia de los padres en donde no es factible el ejercicio efectivo de la Patria Potestad, y por ende, la responsabilidad parental se ve limitada o ausente vulnerando los derechos y garantías de los menores. Por ejemplo, la situación de orfandad es un evento en el cual el cuidado, crianza y educación de los hijos se ve afectado, ya sea por la ausencia de uno de los padres, de ambos o del cuidador o de la persona que tenía a su cuidado el menor. Para Duran (2008) en su informe presentado a *Aldeas Infantiles SOS Colombia*, se trata de una situación de abandono la cual puede definirse como:

La situación de abandono está definida como aquella en la que se encuentran los niños y niñas a quienes les faltan en forma temporal o permanente las personas que habrían de encargarse de su cuidado físico y emocional, crianza y formación, o existiendo, éstas incumplen sus obligaciones y deberes. (p. 16)

El estudio de Duran (2008) pone de manifiesto una serie de fenómenos por los cuales el ejercicio de la Patria Potestad se puede ver amenazada y que hacen parte del contexto Colombiano, es decir, se refiere a circunstancias que se presentan en el territorio nacional que

vulneran los derechos, deberes y facultades que se desprenden de la Patria Potestad, así como el fin perseguido por esta institución:

1. Pérdida de uno o ambos padres por enfermedad, conflicto o enfermedad.
2. Vivir en hogares donde el jefe de hogar es un menor.
3. La separación forzada de la familia, alguno de los padres, por motivo del conflicto armado interno o desastre.
4. El abandono físico del menor en instituciones del Estado.
5. Dar en cuidado de un tercero al menor porque una medida administrativa o judicial ha suspendido la Patria Potestad de alguno de los padres o de ambos.
6. Llegar a otro país buscando asilo, o porque se ha inmigrado o porque se es víctima de tráfico de personas.
7. Permanecer la mayor parte del día en ausencia de los padres por enfermedad de los mismos, discapacidad, problemas de alcohol, detención en establecimiento carcelario, jornadas muy extensas de trabajo.
8. Por vinculación a los grupos armados al margen de la Ley.

En el cuadro 3, que se presenta a continuación se enumeran un conjunto de causas relacionadas con el incumplimiento de la Patria Potestad y clasificadas en las dimensiones económicas, sociales, culturales, políticas, y psicológicas/individuales, las cuales hacen parte del informe de Duran (2008, pp. 19-26).

Dimensión	Causas
Económicas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Condiciones de precariedad y falta de opciones laborales que afectan la estabilidad de la familia.</li> <li>- Pobreza y falta de recursos que impactan en las posibilidades y oportunidades reales de la familia.</li> <li>- Modelo de desarrollo económico que profundiza la inequidad y desigualdad, afectando las condiciones de vida de las familias.</li> <li>- Desempleo e informalidad que no permiten una crianza y un cuidado adecuado de los hijos.</li> <li>- El modelo económico de consumo en exceso tiende a confundir el cuidado y la protección con la satisfacción de requerimientos materiales.</li> </ul>
Sociales	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Baja calidad en los servicios de salud, educación y seguridad social, afectado por la baja cobertura.</li> <li>- Violencia de género y violencia intrafamiliar.</li> <li>- Pérdida de redes sociales para el apoyo de las familias.</li> <li>- Falta de vínculos entre familia y comunidad. Las familias se encuentran solas.</li> <li>- Jornadas escolares muy cortas que deja a los niños y niñas desocupados.</li> <li>- Muerte violenta de los padres.</li> <li>- Alto número de adolescentes progenitores.</li> <li>- Aumento en la mortalidad materna.</li> <li>- Conflicto armado.</li> <li>- Desplazamiento forzado.</li> <li>- Migraciones en busca de mejores condiciones que fragmentan la unidad familiar.</li> <li>- El trabajo infantil doméstico a causa de la falta de oportunidades de la familia.</li> <li>- Falta de apoyo de las instituciones hacia las familias.</li> <li>- Insuficiencia de programas para el desarrollo y la protección infantil en zonas de extrema pobreza.</li> <li>- Cambios en las estructuras de las familias.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cambio del concepto sobre la infancia.</li> <li>- Pautas de crianza inadecuadas.</li> <li>- Poca claridad en los límites y alcances de la corrección de los hijos.</li> <li>- Transformaciones en los imaginarios, valores y principios relacionados con la sexualidad, la afectividad, las relaciones familiares, la paternidad, la maternidad y la infancia.</li> </ul>
Culturales	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Falta de claridad o precisión en los límites y alcances de las relaciones adulto-niño, padre-hijo, hombre-mujer, menor-comunidad, individuo-familia.</li> <li>- El tipo de modelo de autoridad (patriarcal) en exceso con pocos espacios de decisión, discusión.</li> <li>- Falta de conocimiento de la norma sobre Patria Potestad y las implicaciones que ello trae.</li> <li>- Crecimiento de la figura del abuelo como sujeto responsable del cuidado y la crianza de los nietos.</li> <li>- Progenituras que tienen su nacimiento para crear relaciones forzosas.</li> <li>- Falta de planificación familiar.</li> <li>- El problema no es visibilizado ni discutido de la forma como amerita un fenómeno de este tipo.</li> </ul>
Políticas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Escasas políticas y programas que permitan la planificación familiar.</li> <li>- Falta de políticas que permitan afrontar el conflicto armado interno y sus consecuencias sobre la integridad y la armonía familiar.</li> <li>- Falta de acciones que proteja las familias frente a la migración transnacional o internacional.</li> <li>- Falta de mecanismos o acciones que le permita a las familias exigir al Estado una mayor protección.</li> </ul>
Psicológicas / individuales	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Alteraciones en los vínculos que impactan la construcción de sujeto en sociedad.</li> <li>- Cambios en las redes y lazos de afecto.</li> <li>- Significados colectivos diversos sobre lo que es y significa familia.</li> </ul>

Tabla. Instancias judiciales y administrativas con competencia en asuntos de Patria Potestad. Fuente: Andrea Aguilar a partir de Durán, (2008).

Estos y otros casos suponen el incumplimiento de los deberes de crianza, cuidado y educación que se desprenden de la Patria Potestad. Frente a las mismas, el Estado tiene el deber de elaborar e implementar estrategias de todo tipo para evitar la vulneración de los derechos y garantías de los menores.

### Ejecutabilidad de las decisiones patrimoniales y no patrimoniales

Como se ha indicado, la Patria Potestad constituye un derecho y una condición personal, intransferible, irrenunciable, obligatoria e indisponible. En este sentido, la Ley ha establecido que se puede restablecer en el caso que medie una suspensión del ejercicio de la Patria Potestad. En estos eventos, ¿Cuál es el proceso de solicitud? ¿Qué requisitos se hacen indispensables para este fin? ¿Qué normas regulan este proceso en Colombia? La Corte Constitucional al respecto ha descrito que:

Las consecuencias son meramente temporales puesto que superadas las circunstancias que motivaron la decisión del juez de familia de inhabilitar a uno de los padres en el ejercicio de la Patria Potestad, es posible que éste logre su restablecimiento mediante el proceso verbal a que alude el parágrafo 1º numeral 2 del Artículo 427 del Código de procedimiento Civil Colombiano. (Colombia. Corte Constitucional, 2013).

En el Código de Procedimiento Civil, el Artículo 427, parágrafo 1º, numeral 2º, relaciona los procesos verbales de mayor y menor cuantía como sigue a continuación (Colombia. Presidencia de la República, 1970):

Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este Capítulo, los siguientes asuntos: Parágrafo 1º En consideración a su naturaleza [...] 2. Privación, suspensión y restablecimiento de la Patria Potestad o de la administración de bienes del hijo y remoción del guardador.

Atendiendo a las normas dispuestas para este fin, la demanda de restablecimiento de la Patria Potestad debe presentarse en conformidad (Colombia. Presidencia de la República, 1970) Código de Procedimiento Civil Colombiano, Artículo 75 y dirigida en contra de quien ejerce la Patria Potestad del menor. Este asunto, como se ha descrito, es de competencia del Juez de Familia quien admitirá la demanda una vez verificado el cumplimiento de las formalidades descritas en (Colombia. Presidencia de la República, 1970): en el Código de procedimiento Civil Colombiano, Artículo 75 (I) designación del juez de competencia, (II) identificación y domicilio del demandante y el demandado (quien ejerce la Patria Potestad del menor) y los apoderados, (III) las pretensiones, (IV) los hechos, (V) los fundamentos de derecho, (VI) la competencia, (VI) la indicación de la clase de proceso, (VII) las pruebas que se pretenden hacer valer, (VIII) dirección para las notificaciones, (IX) anexos. Estos últimos corresponden al Registro Civil de matrimonio, en caso de mediar dicho vínculo, Registro Civil de nacimiento del hijo y elementos de prueba que permitan demostrar el cumplimiento de sus deberes con el hijo como pagos o consignaciones para su manutención. No está demás anotar que la demanda deberá fundamentarse en la inexistencia del hecho causal que dio origen a la suspensión de la Patria Potestad, es decir, se debe probar que la causa que dio lugar a la suspensión ya no existe, para lo cual el Juez de Familia deberá verificar a través de un examen objetivo las pruebas y los argumentos que se alleguen con la demanda.

Siguiendo con el análisis exegético de las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la materia (Colombia. Presidencia de la República, 1970), el mismo Artículo 428 dispone que el traslado de la demanda para su debida contestación por escrito son de diez días. En la contestación de la demanda podrá proponerse excepciones previas y de mérito conforme al Artículo 429 de la norma en mención. Las primeras serán resueltas antes de la audiencia y se dará traslado al demandante para que en un periodo de tres días de respuesta a las mismas siempre y cuando no se solicite el decreto de pruebas, pues el tiempo de contestación será de diez días. Frente a las excepciones de mérito, (Colombia. Presidencia de la República, 1970), en el Artículo 430, del Código de procedimiento Civil Colombiano establece que el escrito se mantendrá en secretaria por un periodo de tres días a disposición del demandante para que pueda solicitar pruebas sobre los hechos en que se fundamentan las mismas. Superado el término de traslado de la demanda y decidido sobre las excepciones, se señalará audiencia a los diez días siguientes a través de auto en donde se solicitará a las partes presentar documentos y testigos que pretendan hacer valer.

Según el Artículo 432 Código de Procedimiento Civil, (Colombia. Presidencia de la República, 1970) la audiencia programada será registrada a través de un sistema de grabación electrónica o magnetofónica y se desarrollará de la siguiente forma:

- *Primero.* El Juez de Familia intentará una conciliación entre las partes, hará el saneamiento del proceso, fijará los hechos del litigio (aquellos en que no hay acuerdo), practicará los interrogatorios.
- *Segundo.* Decretará las demás pruebas y las practicará: peritos, expertos, declaraciones de testigo, inspecciones oculares.
- *Tercero.* Se dará la oportunidad a las partes para que sean oídas por un término de veinte minutos a cada uno (primero el demandante y luego el demandado).
- *Cuarto.* Se emitirá la Sentencia en la misma audiencia.

Para el cumplimiento de las obligaciones surgidas con ocasión de la Patria Potestad, el Estado Colombiano durante los últimos años ha realizado esfuerzos y acciones importantes para la generación de un cambio socio-cultural así como una mayor seguridad jurídica en protección de los menores tanto en el ámbito de la prevención como en el espectro de la corrección. Sin embargo, Duran (2008, pp. 19-26) destaca que no existen políticas públicas que de forma exclusiva aborden el tema de los niños y niñas que viven sin el cuidado de sus padres. Los avances y progresos se refieren a un conjunto de normas que reconocen cada vez más

la superioridad de los derechos de los niños, las niñas y los jóvenes, así como la protección especial que merecen estos sujetos por parte del Derecho. Pero como es lógico, las normas *per se* no son sinónimo de avance o desarrollo si no existen mecanismos y herramientas jurídicas que obliguen a su cumplimiento.

En el campo de la prevención, la protección de los menores se realiza desde diferentes ámbitos. Por ejemplo, la Policía de Infancia y Adolescencia, además de atender los casos relacionados con su protección, también ejecutan de forma permanente programas de prevención destinados a mejorar las relaciones familiares y los vínculos materno-paternos filiales, así como la explotación sexual, la construcción de sujetos de derecho y el desarrollo integral a través de actividades lúdicas. Del mismo modo, en las escuelas a través de proyectos transversales se asume esta clase de temáticas con los menores, *v.g.* los proyectos lúdico-pedagógicos de sexualidad.

Así mismo, el Estado ha diseñado y socializado instrumentos tendientes a la protección de los niños y las niñas en el marco del conflicto armado interno. En este escenario se evidencian varios documentos oficiales a través de los cuales vincula familia-comunidad-autoridades a fin de prevenir el reclutamiento forzado de menores de edad (Vicepresidencia de la República, 2010). En este documento el Estado describe que son autores claves para evitar el reclutamiento de menores los siguientes actores: familia, líderes comunitarios, autoridades públicas, autoridades competentes y los programas públicos locales. Dentro de las autoridades competentes se encuentran Defensores de Familia del ICBF, Comisarios de Familia, Inspectores de Policía y las mismas autoridades indígenas. Y dentro de las autoridades públicas se hallan alcaldes, secretarios de despacho, gobernadores, Defensores del Pueblo, procuradores, contralores, miembros de la policía y las fuerzas militares, ICBF, instituciones educativas, directores de clínicas y hospitales, algunas de estas autoridades con incidencia directa en el proceso de formación y atención de estos niños, otros de manera indirecta desde la naturaleza de sus cargos.

En el campo judicial, para la suspensión o privación de la Patria Potestad el Juez de Familia puede promover el proceso de oficio conforme al Artículo 395 Código de Procedimiento Civil (Colombia. Presidencia de la República, 1970), sin que medie demanda:

Cuando el juez haya de promover de oficio un proceso sobre privación, suspensión o restablecimiento de la Patria Potestad, o remoción del guardador, dictará un auto en que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, de cuyo contenido dará traslado a la persona contra quien haya de seguirse el proceso, en la forma indicada en el Artículo 91.

Por tanto, se tiene que las autoridades judiciales también están facultadas por la Ley para actuar de oficio para hacer garantizar los derechos de los menores y es especial aquellos que se le son debidos con oportunidad de la Patria Potestad. Y en efecto, el interés del menor prima y de allí que los asuntos sobre Patria Potestad también tengan la posibilidad de ser abordados en estrados judiciales a través de la tutela, institución jurídica Colombiana contenida en el Artículo 86 de la Constitución Política que puede ser invocada frente a una amenaza a los derechos fundamentales o para cesar la situación que agrede los mismos. Por ser de interés superior el caso de los menores, la acción de tutela es procedente. También es menester nombrar que la inasistencia alimentaria da lugar a una denuncia, por ser un delito contra el menor, conforme al Código Penal Colombiano, lo cual obliga al padre a responder so pena de privación de la libertad en establecimiento carcelario.

Según lo establecido en el Código Penal Colombiano (Colombia. Congreso de la República, 2000), la persona que incumpla con sus obligaciones alimentarias “incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Así mismo, el Código Penal también indica que si el delito de inasistencia alimentaria se comete contra un menor, la pena será de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y la multa será ente veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.



## **Patria Potestad, facultad no conciliable.**

La conciliación conforme a la legislación (Colombia. Congreso de la República, 2001) en la Ley 640, Artículo 19, se podrá conciliar “todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente Ley y ante los notarios”.

La Patria Potestad es concebida jurídicamente como una institución que protege los intereses de los hijos no emancipados, más que a los padres; su propósito es asegurar el cumplimiento de los deberes que el parentesco y la filiación imponen a los padres frente a la formación y educación de los hijos. Es por tanto, un derecho de orden público, obligatorio, irrenunciable, indelegable, indisponible y por tanto no susceptible de transacción o conciliación; es deber de los padres ejercerla en función del menor, sin que su ejercicio pueda regularse a voluntad privada, solo se suspende mediante decisión judicial de la autoridad competente.

Por tanto los padres con Potestad Parental, no tiene la facultad de conciliar de común acuerdo, mediante la conciliación extrajudicial, para concluir, suspender o regular el ejercicio de la misma sobre su menor hijo.

De otra parte, se encuentran algunos temas propios del Derecho Civil y el Derecho de Familia como las controversias entre padres en cuanto a la dirección conjunta del hogar y el ejercicio de la Custodia, a que se refieren el numeral 4 del Artículo 277 del Código del Menor y el Artículo 47 de la Ley 23 de 1991: “... b) La custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores; c) La fijación de la cuota alimentaria...”, si susceptibles de conciliación.

Estas conciliaciones extrajudicial podrán ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales. Así mismo, el Defensor de Familia está autorizado, entre otras cosas: (I) para citar al supuesto padre del menor a fin de que se reconozca de manera voluntaria al hijo a través de la conciliación, (II) para conciliar asuntos sobre custodia, alimentos y régimen de visitas; (III) para tomar decisiones sobre las visitas cuando el padre o madre cumple con su obligación de alimentos y no se le permite el ejercicio de las visitas.

## **Referencias**

- Albadalejo, M. (1982.). *Curso de Derecho Civil*. (Tomo IV). p. 422. Barcelona: Librería Bosch, p. 422.
- Bravo, D. (2012). La Patria Potestad y sus límites al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del menor de edad. Consultado el 10 de Julio de 2014 de [http://www.projusticiafamiliar.org/wp-content/uploads/2012/09/Ponencia-9\\_La-Patria-Potestad-y-sus-limites-respecto-al-derecho\\_60-Cibercongreso.pdf](http://www.projusticiafamiliar.org/wp-content/uploads/2012/09/Ponencia-9_La-Patria-Potestad-y-sus-limites-respecto-al-derecho_60-Cibercongreso.pdf), pp. 4, 5
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, Octubre 10). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 127.
- Colombia. Consejo Nacional Legislativo. (1873, Mayo 26). Código Civil Colombiano.
- Colombia. Congreso de la República. (1887). Ley 57 incorporada al Código Civil Colombiano.
- Colombia. Congreso de la República, (2000, Julio 24). Ley 500 de 2000, Código Penal Colombiano. Diario oficial número 44.097.
- Colombia. Congreso de la República. (2001, Enero 05). Ley 640 “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 46.446.
- Colombia. Congreso de la República. (2006, Noviembre 08). Ley 1098. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Diario Oficial No. 46.446.
- Colombia. Corte Constitucional. (2004, octubre 12). Sentencia C-997. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

- Colombia. Corte Constitucional. (2007, noviembre 22). Sentencia C-1003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional. (2010, marzo 3). Sentencia C-145.M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011, noviembre 24) Sentencia T-884.M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012, enero 20). Sentencia T-012. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012, marzo 29). Sentencia T-266. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Constitucional. (2013, julio 3) Sentencia C-404. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia. Presidencia de la República. (1970) Decreto 1400 y 2019, y Ley 1564 de 2012 “Por el cual se expide Código de Procedimiento Civil Colombiano.”
- Colombia (2010). Vicepresidencia de la República. *Las rutas para la prevención. Del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por grupos organizados al margen de la Ley y grupos delictivos organizados*. Bogotá: Gobierno Nacional.
- Duran, E. (2008). Situación de los derechos de la infancia de niños y niñas que han perdido el cuidado de sus padres o están en riesgo de perderla. Informe presentado a Aldeas Infantiles SOS Colombia. Consultado el 10 de Julio de 2014 de [https://www.aldeasinfantiles.org.co/getmedia/0a33ba55-5bcc-4edd-8cf0\\_49af5078060c/situacion-de-derechos-ninos-as-sin-cuidado-de-sus-padres-o-en-riesgo-de-hacerlo.pdf](https://www.aldeasinfantiles.org.co/getmedia/0a33ba55-5bcc-4edd-8cf0_49af5078060c/situacion-de-derechos-ninos-as-sin-cuidado-de-sus-padres-o-en-riesgo-de-hacerlo.pdf), pp. 16,19-26
- Fernández, J. (1919). *Algo sobre la Patria Potestad*. Bogotá: Minerva, p 9.
- Guerra, N. y Montoya, I. (2012). Problemas actuales en el ejercicio de la Patria Potestad en Colombia. (Trabajo de grado para optar el título de Abogado). Medellín, Colombia: Universidad de Medellín
- Medina, J. (2008). *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Bogotá: Universidad del Rosario. pp. 29-30, 130.
- Pérez, A. (1998). *Panorama del Derecho Mexicano: Derecho de Familia*. México: McGraw Hill. pp.35, 46.
- Ramos, R. (1998). *Derecho de familia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. pp. 9, 40
- Riaño, V. (2013). La Constitucionalización del derecho familiar en Colombia. *Advocatus* (20), pp. 297-310.
- Rodríguez, A. (1990). El poder familiar: la Patria Potestad en el antiguo régimen. *Chronica Nova*. (18), pp. 365-380.
- Rossi, R. (2012). Patria Potestad. *Anuario de Derecho Civil*. (2), pp. 119-128.
- Villalta, C. (2010). *La conformación de una matriz interpretativa. La definición jurídica del abandono y la pérdida de la Patria Potestad* En: Lionetti, L. y Míguez, D. (Comp.). *Las infancias en la historia Argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones 1880-1960.* Buenos Aires: Prohistoria. pp. 71, 93
- Zizumbo, E. (2007). La Patria Potestad. *Derecho Civil y Social*, 11 (2), p. 2.

# Capítulo 9

## Protección penal a los bienes jurídicos relacionados con el ejercicio de la Patria Potestad.

---

Por: **Kristhell Karem García Vargas**

Docente del programa de Derecho y miembro del grupo de investigación:  
Tendencias Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta

**Abogada, Universidad Libre Cúcuta**

Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Libre  
Maestrante en Derecho, Énfasis en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás

---

Como se señaló en los capítulos anteriores, la Patria Potestad tiene como objeto esencial la protección de la familia, presentándose de manera convexa; por un lado reconoce un conjunto de derechos a los padres en calidad de guardadores de sus hijos y, por otro, la condicionalidad de estos derechos en función del cumplimiento de las obligaciones que el Estado pregona para la protección de los menores y de la familia. La necesidad de interpretar detenidamente cada uno de los principios que definen la naturaleza jurídica de estos derechos y obligaciones, se justifica en consideración de los ámbitos que abarca la autonomía de los padres en ejercicio de la Patria Potestad. (Ruisánchez, 2006, p. 54).

---

### Generalidades

En materia de responsabilidad, la Patria Potestad ofrece dos tipos de sanciones; las contempladas por el derecho civil cuyo efecto acarrea la suspensión, inhabilitación o pérdida de derechos por el incumplimiento de sus obligaciones parentales y, las previstas en las normas del derecho penal dispuestas a proteger los bienes jurídicos relacionados con el ejercicio.

Respecto a las sanciones provistas por el ordenamiento civil, (Colombia. Congreso de la Republica, 1887) vale la pena aclarar que, este tema no constituye objeto de estudio en el presente capítulo pero, requiere de referencia necesaria en virtud de facilitar el discernimiento entre:

Las causales de pérdida de los derechos civiles relacionados con la Patria Potestad, (*temario propio de la dogmática civil*) y;

- La sanción punitiva por el ejercicio indebido de la Patria Potestad para la comisión de actos punibles, (*Derecho penal*). Así las cosas y para dar cumplimiento a la referencia arriba anunciada, resulta suficiente mencionar que las sanciones provistas por el derecho civil solo pueden ser aplicadas desde el ámbito penal como accesorias de pérdida de derechos civiles que se adicionan a una pena principal, estas sanciones civiles tienen efectos de suspensión o pérdida de derechos potestativos y son dispuestas para aquellos escenarios donde, si bien no se materializa el abuso en el ejercicio de las facultades que otorga la Patria Potestad, si se presentan situaciones de vulnerabilidad o desamparo familiar por circunstancias de abandono, incapacidad o ineptitud en el ejercicio de los deberes parentales. Para estas situaciones se define como mecanismo jurídico de protección a los menores y a la familia, el proceso civil de Suspensión o Pérdida de la Patria Potestad.

Ahora bien, en el ámbito de las normas previstas en el derecho penal para la protección de los bienes jurídicos relacionados con el ejercicio de la Patria Potestad; el concepto de especial protección a la familia, surge como producto de la perspectiva constitucional moderna, ciertamente como sustento sobre el cual se ha de interpretar lo previsto por el legislador para

la intervención proteccionista del Estado; y es que la figura de la “protección especial” a la familia determinó el objetivo del presente capítulo, que se fijó en el análisis a las conductas consagradas en el estatuto penal como ejercicio abusivo de los derechos derivados de la Patria Potestad.

Bajo esta mirada, el momento es oportuno para preguntar; *¿De qué manera se estructura la conducta punible que surge por el ejercicio irregular de la Patria Potestad en el sistema penal colombiano?*

Para buscar la respuesta al interrogante planteado, la investigación se divide en dos partes; la primera de ellas, se inicia con un abordaje descriptivo de las normas penales con el fin de identificar la relación de las garantías jurídicas que fluyen del concepto de “protección especial”; la segunda fase se construyó a través de la relación entre la estructura de cada tipo penal, en la cual, la determinación del sujeto agente y de la conducta facilitan al lector, una explicación sobre las características que deben concurrir en aquellas eventualidades donde los delitos surgen por el ejercicio indebido de las facultades de la Patria Potestad o, en un contexto omisivo, del incumplimiento de las obligaciones que genera esta institución.

En este orden de ideas, las dos partes enunciadas se desarrollan bajo las siguientes nominaciones: Bienes jurídicos que se relacionan constitucionalmente como elementos de la Especial Protección de Familia, y por otra parte, el Ejercicio indebido la Patria Potestad en la comisión de conductas punibles.

### **Bienes jurídicos que se relacionan constitucionalmente como elementos de la “Especial Protección de la Familia.”**

La especial protección de la familia y las garantías que de ella se derivan se consignan en la Sentencia C-241 (Colombia, Corte Constitucional, 2012)<sup>14</sup>, que hace referencia a la importancia de dicha protección para organizar el estado de conformidad con lo señalado en el Artículo 42 de la Constitución. La familia se constituye en un presupuesto de la sociedad, no puede existir esta sin aquella.

Para la misma corporación, la institución de la familia (Sentencia C-271), ha sido considerada igualmente como un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar. (Colombia, Corte Constitucional, 2003).

El orden constitucional vigente reconoce a la familia como el pilar fundamental dentro de la organización estatal, (Sentencia C-821), asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. (Colombia, Corte Constitucional, 2005).

La especial protección que merece la familia se fundamenta en lo dispuesto por el Artículo 42 superior, que establece, a esta institución como el núcleo fundamental de la sociedad. Este Artículo afirma que se puede construir por vínculos naturales y jurídicos y que merece una especial protección integral por parte del estado en cualquiera de sus formas.

La protección integral a que refiere la Constitución se lleva a efecto mediante el establecimiento de ciertas estrategias jurídicas que tienen por finalidad resaltar la importancia

---

<sup>14</sup> “La familia es en sí misma un bien jurídico que merece protección constitucional”. Para la Corte Constitucional la familia es “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”.

que tiene la familia en el ámbito del Estado social derecho. De forma específica, como lo señaló la Corte en la Sentencia C-821 del 2005, antes citada, esta vislumbra tres aspectos generales:

- El reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia.
- El imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes y,
- La necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma". (Colombia. Corte Constitucional, 2005).

Los aspectos señalados se relacionan con la Patria Potestad a través de los deberes de guarda, respeto, los derechos de cuidado corrección y crianza son importantes en el esquema del deber ser de las cosas según el sentido programático constitucional (Camargo, 2005, p.479), tanto así, que cada uno de ellos guarda una íntima relación con los delitos que se estudian en título segundo del presente capítulo, además, se convierten en presupuestos del vínculo entre la Patria Potestad y los bienes jurídicos; Siguiendo a Hormazábal (1991, p.131), por concepto de bien jurídico se quiere expresar en forma sintética el objeto concretamente protegido por cada prohibición, para con ello dar fundamento racional al tipo del injusto penal."

De otro lado, se tiene como punto referencial el criterio de la Corte Constitucional expuesto en la Sentencia C-285 (Colombia. Corte Constitucional 1997), que conceptuó:

"La intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos". Así pues, el establecer sanciones cuando se afectan determinados bienes demuestra una preocupación de la entidad Estatal, por la protección de ciertos intereses jurídicos que son considerados como indispensables para la adecuada organización social, por lo cual, las conductas que atenten contra ellos serán desincentivadas mediante la configuración de ilícitos penales. Luego, existe una conexión indispensable entre los bienes jurídicos protegidos y los delitos que los protegen. (Colombia, Corte Constitucional, 1997).

En conclusión, se debe estimar que en la identificación de la "conexión indispensable" exigida por la corte para la configuración de los ilícitos penales, se deben valorar los efectos o consecuencias del ejercicio de los derechos de Patria Potestad y la familia como bien jurídicamente protegido.

### **La intimidad de la familia como regla y su intervención desde la Ley de protección especial**

Puede afirmarse en un sentido general que las garantías constitucionales que integran la "protección especial" de la familia, permiten la cobertura eficaz de los fenómenos y problemas que pueden deslazarse al interior de esta, y que pueden versar desde la violencia intrafamiliar hasta los problemas derivados del trabajo infantil. (Acosta, García y Hoyos, 2000, p.221).

Dentro del marco de la lógica jurídica fácilmente se puede relacionar el objetivo, finalidad o alcance de la protección que brinda cada tipo penal a los bienes jurídicamente tutelados; La proyección de las consecuencias jurídicas y la utilización de estrategias judiciales.

No obstante lo anterior, también se debe estimar que el derecho a la intimidad como regla y principio blinda la naturaleza de la dinámica familiar, lo cual permea con un sentido utópico el concepto de pruebas o evidencia de los hechos que pudiesen generarse al interior de la misma (Pulecio, 2012, p. 105); esto porque se trata de conductas que se dan al interior de una relación filial íntima que obstaculiza la construcción adecuada de un acervo probatorio por parte de la agencia oficiosa en virtud de que, frente a la intimidad de la familia el intervencionismo estatal debe ser justificado, (Sentencia T-012); dado que la Corte Constitucional Colombiana ha declarado un estado natural de

cosas, donde el derecho a la intimidad constituye regla inherente a la familia. (Colombia. Corte Constitucional, 2012).<sup>15</sup>

Una valoración en sana crítica de la funcionalidad de la ley de protección especial a la familia ofrece, desde la perspectiva de las estrategias jurídicas estatalmente disponibles, que las relaciones familiares se desenvuelven propiamente en un ambiente privado; caracterizado por que el modo y la manera en la cual se tejen los comportamientos y las acciones de cada integrante, la responsabilidad y conocimiento sobre las mismas es característicamente limitado.

Piénsese por ejemplo en una pequeña familia constituida por los padres y un hijo menor. Las personas sobre las cuales recae la principal obligación de coordinación para el cumplimiento de las obligaciones que demanda la institución familiar son los padres, que de presentarse una disputa entre estos sujetos se configura un escenario sobre el cual difícilmente se podría establecer con certeza la interpretación circunstancial correcta por parte juez. (Ortiz, 1997).

Reconocer el derecho a la intimidad familiar como como un blindaje, frente al derecho probatorio, de los motivos que se encuentran tras la conducta ilícita de acción u omisión, es el punto de partida clave del porqué la protección penal de la familia se estructura, de manera especial (Arango, 1991 pp. 323-339), ocupando un lugar propio de valoración individual frente a un índice de conductas lesivas de otros bienes, donde exclusivamente se supondrá la expresión de legítima justicia cuando el juicio de valoración no recaiga solo en el acto ilícito sino también, en el aprovechamiento o uso indebido de la condición de padres o cabezas de hogar.

Así las cosas, la Protección especial, en el ámbito penal no evoca otra cosa que el refuerzo de las garantías en función de las necesidades que estas demanden, protección irradiada siempre, para el caso del ejercicio de la Patria Potestad, desde la estructura de los tipos penales que protegen la institución familiar, donde los principales bienes que se protegen con estos delitos son en un sentido amplio: la sociedad en general, la familia y los derechos de los niños, que para el caso en comento circunscrito al ejercicio de la Patria Potestad, se logran sectorizar de la siguiente manera:

### **Ejercicio indebido la Patria Potestad en la comisión de conductas punibles**

Este acápite explica, la Patria Potestad, entendida como una Institución Jurídica del Derecho civil - Familia, que a simple vista podría definirse como aquellos derechos y obligaciones que emanan de la ley a favor de los progenitores para ejercer los cuidados personales y protección de los demás miembros de la familia. Dada la complejidad en que se presentan las conductas jurídicamente reprochables, sucede que (Moreno, 2001 p.228) esta figura jurídica no siempre es ejercida conforme a su funcionalidad proteccionista; sino como una conveniente y oportuna ventaja para lograr la perpetración de hechos ilícitos, cuando el ejercicio de estas prerrogativas puede mediar en la violación o daños a cualquier otro bien jurídicamente protegido distinto al de la familia. Puede presentarse el evento, que padres, madres

---

<sup>15</sup> “(...) Los niños, niñas y adolescentes se les deben garantizar: (...) “(i) la protección reforzada de los derechos de los niños y la garantía de un ambiente de convivencia armónico e integral tendiente a la evolución del libre desarrollo de su personalidad; (ii) amparo a la niñez frente a riesgos prohibidos, lo que equivale a sostener que se debe evitar su exposición a situaciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física y moral, la explotación económica o laboral y en general el irrespeto de la dignidad humana en todas sus formas; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus progenitores. Es decir, en caso de conflicto entre los derechos de unos y de otros, la solución ofrecida debe ajustarse a la preservación de los intereses superiores de la niñez y, (iv) la necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales de tal manera que no se incurra en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas. (*negrita fuera de texto*) Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-012-12.htm>

y guardadores determinen escenarios donde el ejercicio de la Patria Potestad contribuyan para hacer de la familia toda una empresa criminal (Moreno, 2001), para ejecutar cualquier tipo de ilícitos como el homicidio, hurto, porte ilegal de armas de fuego y/o municiones, inducción a la prostitución, tráfico de estupefacientes, estafa, etc.

El disfuncional abuso de los derechos parentales descrito anteriormente, desnaturaliza a la familia convirtiéndola en instrumento para la participación o ejecución de ilícitos, además este tipo de conductas se describen como pluri ofensivas en virtud de afectar no solo el bien jurídico tutelado por el tipo penal sino también, a la familia. En estos casos la Patria Potestad cualifica al(os) infractor(es) incrementando la dosificación de la pena según las cualidades del sujeto agente y las calidades que ostenta frente a la víctima o frente al hecho; valoraciones ambas que determinan el agravante de la conducta.

Otro escenario de uso irregular o disfuncional de la Patria Potestad podría explicarse en un ejemplo de la siguiente manera;

- Juan Pérez, jornalero agrícola de profesión decide constituir unión marital de hecho con Luisa de diecisiete años de edad, quien además de huérfana padece síndrome de Down; dos años después Juan; en calidad de padre de un saludable niño de quince meses de edad, consciente de la obligación legal de asistir a la alimentación del pequeño quien está bajo su único cuidado; decide sustraerse de esta obligación de manera arbitraria con el fin de provocar un estado de inanición y muerte para lograr el cese definitivo de sus responsabilidades parentales respecto del niño.

Frente a estos eventos, la posición del legislador penal es muy clara al señalar los términos del concurso de delitos donde, la pena a tasar debe tomarse de la prevista para la conducta que causa mayor lesividad, en el presente caso, concurren el delito de inasistencia alimentaria tipificado bajo el epígrafe de delitos contra la Familia y la tentativa de homicidio ubicado bajo el epígrafe de delitos contra la vida y la integridad personal. (Muñoz y García, 2000).

Ahora bien, para que un acto sea punible, reviste la necesidad legal de que el mismo sea típico y antijurídico, es decir, que haya sido previsto y proferido por el Legislador Primario y se encuentre descrito típicamente como acto lesivo de cualquiera de aquellos Bienes Jurídicos que se pretenden proteger en el Estado Social de Derecho; bajo esta perspectiva, es apenas lógico que la naturaleza de las conductas (*llámense ilegales, antijurídicas o típicas*) deriven en sub-conductas con distintas modalidades de ejecución, sea esta activa o pasiva; de donde, en todo caso el sujeto agente es llamado a responder por su grado de culpabilidad una vez se haya determinado su actuación como autor, coautor o partícipe.

### **Tipos penales que vulneran el bien jurídico de la familia**

En el derecho penal se determinan varios aspectos fenomenológicos que lesionan el bien jurídicamente tutelado de la familia; sin embargo, para el estudio de presente acápite, se explicarán de manera selectiva aquellos delitos que atentan directamente contra esta; puntualizando objetivamente en las modalidades en que el sujeto agente puede incurrir en el punible individualizando la determinación por activa, (cuando se ejecuta o acciona una conducta por parte del sujeto agente o infractor); por *pasiva*, (cuando se deriva del actuar del sujeto pasivo, (aquella persona que si bien no actúa en forma directa contra el bien jurídico, despliega conductas deliberadamente omisivas que resultan en faltas a su obligación personal de protegerlo o cuidarlo; o finalmente por *acción por omisión que recae sobre aquel tercero que conoce de la ejecución del punible sobre el bien jurídico y aunque no interviene directamente en la ejecución de la conducta, si permite que esta se perpetúe obrando de manera omisiva al no actuar según lo socialmente esperado, adquiriendo por esta desidia una forma de coautoría.*

Lo anterior con el fin de identificar las características que deben concurrir en aquellas eventualidades donde los delitos surgen bien sea del ejercicio indebido de las

facultades de la Patria Potestad o, en un contexto omisivo, del incumplimiento de las obligaciones que genera esta institución.

De esta manera se hallan ubicadas dentro de este contexto, conductas punibles como el maltrato y la violencia intrafamiliar, (Art.229 C.P); el ejercicio arbitrario de la custodia del menor y la restricción de locomoción, (Art.230 C.P); la mendicidad y el tráfico de menores, (Art.231 C.P); y la adopción irregular, (Art.232 C.P.); la inasistencia alimentaria, (Art.233 C.P.); la malversación y dilapidación de bienes del menor; (Art. 236 C.P.).

### **Análisis estructural**

Desde la perspectiva del análisis estructural de las conductas punibles, puede estudiarse detalladamente cada conducta de acuerdo con las circunstancias que configuran el acto y el margen de afectación de los derechos de los que debe gozar el niño, niña o adolescente, como se revela en el siguiente análisis estructural:

#### ***Maltrato físico o violencia Intrafamiliar:***

Frente a esta conducta descrita en el Artículo 229 (Colombia, Congreso de la República, 2000). que penaliza el maltrato físico, síquico o sexual a cualquier otro miembro del núcleo familiar, estipulando una sanción de prisión de uno (1) a tres (3) años, incrementada de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor de edad; precepto que fuera declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 (Colombia. Corte Constitucional 2009), en el entendido de que este tipo penal comprende también a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

– ***Determinación subjetiva.***

En este tipo penal el sujeto agente está determinado cuando la norma señala que esta conducta solo puede ser cometida por alguno de los miembros del núcleo familiar; en este caso la conducta puede darse o no en uso de las facultades parentales.

– ***Bien jurídico.***

La familia la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexual, o la autonomía personal.

– ***Ingrediente subjetivo.***

Requiere la intervención del dolo directo; amén de la exigencia demostrativa de la voluntad del sujeto agente activo al querer maltratar al sujeto pasivo.

– ***Conducta.***

Recae sobre el verbo “maltratar”; como alternativas se ofrecen los tres tipos de maltrato como el físico, psíquico o mental.

Respecto a esta conducta en la Sentencia T 652, 1997, La Corte Constitucional sostuvo:

“La institución de la familia merece los mayores esfuerzos del Estado para garantizar su bienestar. De ahí que corresponda a las autoridades intervenir en la relaciones familiares, no con el fin de fijar criterios de comportamiento, lo cual pertenece a la órbita del derecho a la intimidad, sino para propiciar la armonía y la paz familiar, impidiendo cualquier amenaza o violación a los derechos fundamentales de sus integrantes. El legislador ha creado un sistema normativo cuyo propósito radica en prevenir, corregir y sancionar la violencia intrafamiliar, a través de medidas pedagógicas, protectoras y sancionadoras que permiten a las personas solucionar sus desavenencias familiares por medios civilizados como el diálogo concertado, la conciliación y, en fin, otros medios judiciales, proscribiendo cualquier comportamiento agresivo o violento. (Colombia. Corte Constitucional, 2008).



### ***Ejercicio arbitrario de la custodia del menor:***

Se encuentra consagrado en el Artículo 230ª del Código Penal, adicionado por el Artículo 7 de la Ley 890 de 2004 que establece: “El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la Patria Potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

#### – ***Determinación subjetiva***

En este tipo penal a diferencia de la mayoría de los delitos que protegen el bien jurídico de la familia se determina y se cualifica al sujeto agente. En principio, la norma señala que esta conducta solo puede ser cometida por alguno de los padres del hijo menor. Lo cual, contrasta con los delitos que tienen como sujetos activos a los miembros del núcleo familiar, como en el caso de la violencia intrafamiliar.

En el delito de ejercicio arbitrario de la custodia del menor se observa que el infractor es uno solo por cuanto típicamente la Patria Potestad esta exclusivamente a cargo de los padres y así, necesariamente uno de estos debe ser quien la ejecuta y el otro será la víctima, cabe anotar que este delito consiste en que un padre de manera arbitraria separe sin justificación alguna a un menor del seno de su hogar y perpetúe un aislamiento u ocultamiento respecto del otro padre; razón por la cual se ubica dentro de los tipos penales que requieren de un sujeto activo para su configuración.

Sin embargo, el alcance proteccionista del presente tipo penal, es limitado para aquellos eventos donde el acto es determinado por una persona encargada de la custodia que no sea alguno de los padres del menor. Así las cosas, el sujeto se determina por acción en la conducta está condicionado a dos supuestos: el ostentar la custodia y el tener la calidad de padres. Estas dos condiciones son condiciones necesarias para la calificación del sujeto activo. Donde si no se cumplen estas cualidades en el sujeto activo la conducta desplegada halla su asidero en la adecuación típica de otros tipos como por ejemplo la retención ilegal o secuestro.

#### – ***Bien jurídico***

La unidad familiar, (que se refiere a la necesidad de proteger la cohesión dentro del núcleo filial). Se parte de la premisa que las familias disfuncionales son una situación indeseable para la organización política. Los niños tienen derecho a que su hogar permanezca unido, por lo cual el Estado y los particulares ostentan la responsabilidad y la corresponsabilidad de desarrollar acciones positivas y negativas para garantizar que esto suceda. Este bien jurídico, de la unidad familiar, se afecta cuando existen acciones, para el caso, de uno de los cónyuges que desean ocultar o interrumpir esta situación mediante el ocultamiento o el arrebatamiento de la custodia del menor, lo cual impide al otro cónyuge participar del ejercicio de sus derechos conllevando correlativamente a la afectación del bienestar del menor.

En este sentido, la Sentencia T-182 (Colombia. Corte Constitucional, 1996), recalca la importancia que tiene para el menor crecer en una familia bajo el cuidado y amor de sus padres y establece esta situación como primordial por cuanto: “*Es el lugar más indicado para que al menor se le garanticen sus derechos [en tanto que] [e]l niño necesita para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares [e] impedirselo o negárselo entorpece su crecimiento y puede llevarlo a carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral*”.

#### ***Ingrediente subjetivo***

Tiene por objeto privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal. La conducta está determinada por cuatro verbos rectores relacionados: arrebatarse, sustraer,

retener u ocultar. Estos verbos conjugan una situación en la cual un padre priva al otro de la custodia y cuidado del menor, es decir, se le impide el desarrollo adecuado de sus derechos y obligaciones. Por lo que este delito requiere la intervención del dolo directo.

### **Conducta**

Estas actuaciones derivadas de la conducta descrita, conllevan, inclusive a la afectación del menor. El Artículo 44 de la Constitución establece el derecho fundamental de los niños a “tener una familia y a no ser separados de ella” y, más adelante establece, la obligación de los padres de “proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (Colombia, Corte Constitucional, 2011). Según la Sentencia T-182 de 1996, crecer en el seno de una familia, bajo el cuidado y amor de los padres, es primordial porque “es el lugar más indicado para que al menor se le garanticen sus derechos, en tanto que el niño necesita para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares [e] impedirselo o negárselo entorpece su crecimiento y puede llevarlo a carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral. (Colombia, Corte Constitucional, 1996).

#### **1. Explotación de menores de edad:**

La ley 599 del año 2000 consagraba en su Artículo 231, -hoy derogado- la conducta de mendicidad y el tráfico de menores como antecedente del punible del epígrafe; en aquel estatuto se definía: “el que ejerza la mendicidad valiéndose de un menor de doce (12) años o lo facilite a otro con el mismo fin, o de cualquier otro modo trafique con él. La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando: 1. Se trate de menores de seis (6) años. 2. El menor esté afectado por deficiencias físicas o mentales que tiendan a producir sentimientos de conmiseración, repulsión u otros semejantes”.

Ahora bien, con la aprobación de la Ley 747 de 2002 se hicieron algunas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000); y se derogó el citado Artículo 231 que consagraba el delito de mendicidad y tráfico de menores, entre otras disposiciones.

La definición de la explotación de menores de edad está consagrada en el Artículo 93 de la Ley 747 de 2002 de la siguiente forma: “El que utilice, instrumentalice, comercialice o mendigue con menores de edad directamente o a través de terceros incurrirá en prisión de 3 a 7 años de prisión y el menor será conducido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para aplicar las medidas de restablecimientos de derechos correspondientes. (...) la pena se aumentará a la mitad cuando el actor sea un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

- **Determinación subjetiva**  
El sujeto activo es indeterminado, por cuanto puede ser cualquier persona; mientras que el sujeto pasivo está determinado por la condición especial de menores de edad.
- **Bien jurídico**  
Para este caso, se encuentra representado por la familia y la libertad.
- **Ingrediente subjetivo**  
La conducta bajo estudio no presenta ningún ingrediente subjetivo especial.
- **Conducta**  
En cuanto a la determinación subjetiva de este tipo penal se observa que la conducta recae sobre los verbos rectores de “utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar con menores de edad directamente o a través de terceros”; en relación con esta expresión, la Corte al examinar las interpretaciones posibles, considera necesario precisar la interpretación constitucional adecuada, con el fin de proteger los derechos fundamentales de la población desfavorecida, la cual se reitera, no podrá ser perseguida cuando mendigue autónomamente en presencia de menores de edad, sino

únicamente cuando utilice o instrumentalice a menores de edad para el ejercicio de la mendicidad. (Colombia, Corte Constitucional, 2014).

“Para la Sala Plena: i) la mendicidad es sancionable únicamente cuando se instrumentaliza o utiliza a otra persona o un menor para obtener lucro. Empero, desde el punto de vista constitucional —en virtud de la cláusula de Estado Social de Derecho— no existe justificación válida para reprochar penalmente la mendicidad propia o en compañía de un menor de edad, que compone parte del núcleo familiar; ii) este tipo de mendicidad propia con menores de edad, no tiene la intención de explotar o instrumentalizar al menor sino la finalidad de que grupos familiares en debilidad manifiesta satisfagan necesidades mínimas del ser humano y permanezcan unidos; iii) resulta evidente que la intención del legislador fue sancionar de manera autónoma los actos en los que se utilice un menor para mendigar, sin proscribir formas de mendicidad propia.”

Para esta conducta se tipifican como verbos rectores los actos de utilizar, instrumentalizar, comercializar o mendigar.

## **2. Adopción Irregular**

Se consagra en el Artículo 232 del Código Penal, a cuyo tenor literal establece: “la persona que promueva o realice la adopción del menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilice prácticas irregulares lesivas para el menor, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.”

### – **Determinación subjetiva**

Sujeto activo indeterminado puede ser cualquier persona; sujeto pasivo determinado al recaer exclusivamente sobre menores de edad.

### – **Bien jurídico**

Para esta figura, la familia se constituye como el bien jurídico en cuestión.

### – **Ingrediente Subjetivo**

Este tipo penal se agota con el dolo; cuyos elementos integradores son el conocer y el querer para adelantar programas de adopción.

### – **Conducta**

La conducta se erige sobre dos verbos rectores, como lo son: promover o realizar adopción sin requisitos legales.

## **3. Inasistencia alimentaria**

Su definición se consagra en el Artículo 233 del Código Penal, cuyo tenor establece: “la personas que se sustraigan sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

### – **Determinación subjetiva**

En este tipo penal el sujeto agente está determinado cuando la norma señala que esta conducta solo puede ser cometida por descendiente, ascendente, adoptante, adoptivo o cónyuge; en este caso la conducta puede necesariamente derivarse de las facultades parentales. (Gómez, 1973, p.93).

### – **Bien jurídico**

Para este caso se consideran como bienes jurídicos la vida, salud y la seguridad alimentaria.

### – **Ingrediente Subjetivo**

La conducta requiere de una intervención a título de dolo.

– **Conducta**

La conducta está determinada por el verbo “sustraerse”; acción que se encuentra condicionada en la justificación a través de la expresión “sin justa causa”.

**4. Malversación y dilapidación de bienes de familiares**

El Artículo 236 *ibídem*, consagra que: “la persona que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de la Patria Potestad, tutela o curatela en ascendiente, adoptante, cónyuge o compañero permanente, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de uno (1) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya otro delito.

– **Determinación subjetiva**

El sujeto activo de este tipo penal es cualificado, se refiere especialmente a los miembros del núcleo familiar que cumplan dos requisitos concomitantes. El primero, que administre bienes; por lo cual el tipo penal no podrá ser consumado por la persona que no tenga esta gestión de bienes a su cargo. Es decir, se hace necesario que el sujeto activo tenga a su encargo la disposición en bienes y negocios. El segundo, que esa administración de bienes se efectuó por tres hipótesis distintas: con base en la Patria Potestad, en el caso de los padres, con base en la tutela en el caso de los tutores, y en el caso de las curadurías para el caso de los curadores. Luego, en síntesis el sujeto activo del tipo penal son los padres, tutores o curadores que administren bienes.

– **Bien jurídico**

El patrimonio económico familiar, (ascendiente, adoptante, cónyuge o compañero permanente).

– **Ingrediente Subjetiva**

La conducta requiere de una intervención a título de dolo.

– **Conducta**

Vale recordar acá, que se trata de un tipo penal que no tiene un ingrediente subjetivo determinado, que no admite el grado de tentativa, es de mera conducta y de lesión; donde, la acción está determinada por dos verbos rectores relacionados: dilapidar y malversar. Según el Diccionario de la RAE, estos verbos significan, respectivamente: “Malgastar los bienes propios, o los que alguien tiene a su cargo” y “Apropiarse o destinar los caudales públicos a un uso ajeno a su función”<sup>16</sup>. Es decir, la acción establecida en este tipo penal lo que describe es la conducta despilfarradora del sujeto activo sobre los bienes de propiedad familiar.

**Referencias**

- Acosta Vargas, G., García Méndez, E., y Hoyos, S. (2000). *Trabajo Infantil domestico ¿y quién la mando a ser niña? Colombia: Editorial Tercer Mundo.*
- Arango, J. (1991). *Derecho Civil Personas*. p. 323-339. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bernal González, A. (1992). *Los alimentos*. Medellín: Bernal Gómez Editores.
- Camargo, S. (1995). *El abogado de familia*. p. 479. Bogotá Editorial Planeta.
- Colombia. Congreso de la Republica. (1887). Ley 57 de 1887. Artículos 288 al 311. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_civil.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html#1)
- Colombia. Congreso de la República. (2000). Ley 599. Por medio de la cual se establece el código penal colombiano. Artículo 239. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Colombia. Congreso de la República. (2008). Ley 1257. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de

<sup>16</sup> Real academia Española. Disponible en: <http://www.rae.es/>

- 1996 y se dictan otras disposiciones “adicionado Artículo 32. Adiciónese un párrafo al Artículo 230 de la Ley 599 de 2000. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34054>
- Colombia. Corte Constitucional. (1996, mayo 2). *Sentencia T-182*. Ref: Expediente T-83594. Procedencia: Juzgado 17 de Familia de Santafé de Bogotá. Accionante: M.M y otro. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-182-96.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (1997, junio 5). *Sentencia C-285/97*. Re: Expediente D-1499. Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 22 y 25 de la ley 294 de 1996. Demandante: Gloria Guzmán Duque M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-285-97.htm>
- Colombia. Corte Constitucional, (1998, noviembre 10). *Sentencia T-652*. Ref: Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245. Acciones de tutela contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. - E. S. P, por la presunta violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katio del Alto Sinú. M. P.: Dr. Carlos] Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-652-98.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2003, Abril 1). Sentencia C-271. Ref: expediente D-4248. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 8° del Artículo 140 del Código Civil. Accionante: José Antonio Serrano Dávila. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-271-03.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2005, Agosto 9). Sentencia C-821. Ref: Expediente D-5666. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º del Artículo 6º de la Ley 25 de 1992, modificatorio del numeral 1º del Artículo 154 del Código Civil. Demandante: Gustavo Adolfo Uñate Fuentes. M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-821-05.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2009, enero 28). Sentencia C-029. Por medio de la cual se declara exequible el Artículo 229 del Código Penal. Referencia: expediente D-7290. Demandantes: Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Sanín, Marcela Sánchez Buitrago, Mauricio Albarracín Caballero, Alejandra Azuero Quijano y Luz María Sánchez Duque. M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>
- Colombia. Corte Constitucional, (2011, julio 12). Sentencia T-557. Ref: Expediente T-2983421. Acción de tutela instaurada por Pedro contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal N° 4 de Ocaña (Norte de Santander). M. P.: Dra. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-557-11.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. (2012, marzo 22). Sentencia C-241. Ref: expediente D-8531. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 237 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”. Actor: Oscar Eduardo Borja Santofimio. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-241-12>.
- Colombia. Corte Constitucional (2012, enero 20). Sentencia T -012. Ref: Expediente T-3.180.007. Acción de tutela interpuesta por Juan Antonio, contra Diana. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-012-12.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia T -012 de 2012, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, sobre la importancia de los nexos familiares y el intervencionismo Estatal.
- Colombia. Corte Constitucional. (2014). Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 93 de la Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-464-14.htm>

- Colombia. Corte Constitucional. (2014, junio 11). Sentencia C-368. Ref: Expediente D – 9960. Acción de inconstitucionalidad contra el Artículo 229 de la Ley 599 de 2000, modificado por el Artículo 33 de la Ley 1142 de 2007. Demandante: Gonzalo Rodrigo Paz Mahecha. M.P: Dr. Alberto Rojas Ríos. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-368-14.htm>
- Diccionario Real academia Española. Disponible en: <http://www.rae.es/>
- Gómez Velásquez, G. (1973). *Delitos Contra la Asistencia Familiar*. p. 93. Medellín: Colección Pequeño Foro.
- Hernández Quintero, H. (1996). El delito de inasistencia alimentaria. *Revista Ideación Jurídica*. 2, p. 10 Corporación Universitaria de Ibagué.
- Hormazábal, H. (1991). *Bien Jurídico y Estado Social y de Derecho*. p. 131. Ed. PPU. Barcelona.
- Jiménez de Azua, L. (2005). *Principios Del Derecho Penal. La Ley y el Delito*. (4ª Ed.). p. 18. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- Moreno, M.d.P. (2001). Psicología de la marginación social. p, 228. Málaga, España: Ediciones Algibe.
- Muñoz Conde, F. y García Aranj, M. (2000). *Derecho Penal. Parte general*. (4ª Ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Ortiz Pinilla, N. (1997). *Los derechos de la niñez, una visión integral en procesos de atención*. pp. 15-26-29. Fundación Antonio Restrepo Barco.
- Pulecio Boek, D. (2012). *La Teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. p. 105. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Ruisánchez Covadonga, C. (2006). *La privación de la Patria Potestad*. Barcelona: Atelier.
- Secretaría de la Paz (SERPAZ), (2009). *Las adopciones y los derechos humanos de la niñez guatemalteca, 1977-1989*. (1a. Ed.). Guatemala: Autor.
- Victoria Ochoa, D.F. (2011). *Delitos contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario*. Bogotá: Ed. Leyer.

# PARTE 4

## SECCIÓN CONCLUSIVA

### Capítulo 10

#### Conclusiones

---

Por: **Rina Mazuera Arias**

Investigadora del Grupo Altos Estudios de Frontera, Línea Estudios Sociojurídicos de Frontera,  
Universidad Simón Bolívar, Sede Cúcuta  
Decana de Investigación y Posgrado y Docente de la Carrera de Derecho de la  
Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal

**Abogada, Universidad Católica del Táchira**

Doctora en Derecho programa de Derecho civil familia y de la persona, Universidad de Zaragoza en España  
Especialista en Derecho Administrativo - Especialista en Derecho Tributario

En sus orígenes, en Venezuela y Colombia la Patria Potestad como institución familiar era ejercida únicamente por el padre, la madre no tenía derecho, salvo algunas excepciones. La legislación va evolucionando en ambos países, hasta que se establece la titularidad en ambos progenitores, en Colombia en el año 1974 y en Venezuela en el año de 1982. Durante años, eran los hijos nacidos del matrimonio los que se consideraban tenían derechos y estaban bajo la protección de la Patria Potestad, luego tenían algunos derechos pero no en su totalidad, hasta que se establece el principio de unidad de filiación, tanto los hijos nacidos del matrimonio como fuera de él, tienen los mismos derechos, lo que importa es la filiación, avance que se logra en Colombia y en Venezuela en el año 1982.

En ambos ordenamientos jurídicos las normas constitucionales establecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que fijan los parámetros de la Patria Potestad, en donde la Familia, la Sociedad y el Estado son corresponsables en garantizar el ejercicio de esos derechos que permiten el desarrollo integral del niño, niña y adolescente. Los niños tienen derecho a la salud, vida, integridad física, educación, cultura, alimentación, amor, afecto, a ser criados por sus padres y vivir con ellos, recreación, deporte, entre otros; derechos que dan contenido a la Patria Potestad. En Venezuela, los padres tienen la responsabilidad de crianza (custodia, y todo lo relacionado con el ejercicio sobre la persona del hijo), representación y administración sobre los bienes de sus hijos; en Colombia, los padres ejercen la custodia (en caso de divorcio o separación uno sólo la tiene), la representación y la administración de sus bienes, así como el usufructo de los bienes del hijo. En Colombia son más amplios los derechos que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos, pues en Venezuela no tienen por ley el usufructo.

El contenido de la responsabilidad de crianza establece una diferencia clara entre los dos ordenamientos jurídicos, con la reforma del año 2007, en Venezuela, ambos progenitores tienen todos los aspectos relacionados sobre la vida del hijo, sobre su persona, amor, afecto, orientación, corrección, vigilancia, y custodia; si ellos se separan, divorcian o sencillamente no viven juntos, los dos tienen la responsabilidad de crianza pero uno solo de ellos la custodia, al menos que excepcionalmente se fije la custodia compartida; en Colombia es con la responsabilidad parental, complemento de la Patria Potestad, que se trata de lograr lo que se denomina responsabilidad de crianza. Aun cuando se considere que es lo mismo, se marcan diferencias como por ejemplo con las autorizaciones de viaje, en Venezuela si un progenitor va a salir del país con su hijo requiere autorización del otro progenitor, en Colombia, se exige solo si los dos ejercen la Patria Potestad.

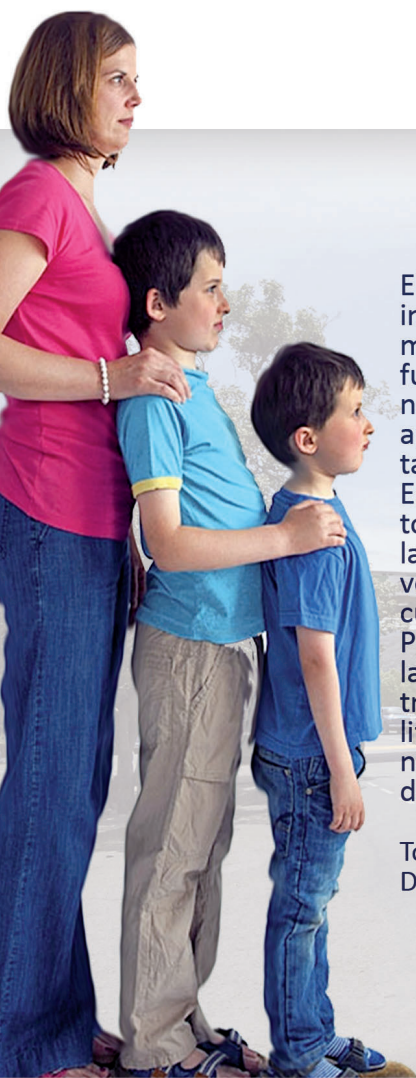
La Patria Potestad como institución familiar es ejercida por la madre y el padre sobre sus hijos menores de edad y solteros, constituye una función, es decir, los padres son titulares de derechos-deberes que tienen sobre sus hijos, de manera que no pueden renunciar a ellos, ni transmitirlos, son responsables directamente; pero al mismo tiempo nadie puede quitarles a sus hijos, obligarlos a dejarlos, ni a dejar de ejercer la Patria Potestad, salvo que tengan un mal ejercicio, que afecten los derechos de sus hijos, interviniendo en ese momento el Estado a través del conjunto de órganos, entidades y servicios encargados de crear y ejecutar todas las políticas de protección y atención de niños y adolescentes. En las decisiones que se tomen debe considerarse siempre el principio del interés superior del niño.

Los padres en el ejercicio de la Patria Potestad deben actuar en protección de sus hijos, dándoles amor, afecto, cariño, protección, alimentación, educación y salud, y todo lo necesario para su desarrollo integral; si en el ejercicio existe abuso por parte de alguno de ellos en la corrección, existiendo maltrato físico, psicológico, sexual, o no ejercen sus deberes afectando el desarrollo de los hijos, los padres o el que incurre en esas conductas será separado del ejercicio de la Patria Potestad. En el caso de Venezuela el padre que cae en algunas de esas conductas es privado de la Patria Potestad y luego de dos años puede solicitar la rehabilitación y restitución en el ejercicio, y si con posterioridad hay reincidencia procede la extinción de la Patria Potestad; en Colombia, en vez de privación de la Patria Potestad, se establece la suspensión por causas como la demencia, ausencia, interdicción, sin que sean causas que impliquen ser malos padres en sí, cuando se supera la causa el padre ejerce otra vez la Patria Potestad; en el caso de maltrato, abusos, abandono, entre otros no existe suspensión sino pérdida, que es definitiva. En ese sentido, el derecho colombiano es más rígido y no tolera una mala actuación por parte de los padres, no se les da una segunda oportunidad, en el caso de Venezuela, sí.

La función del Estado frente a la garantía de la Patria Potestad es más amplia en el caso Colombiano, siendo mayor el número de instituciones que colaboran y son corresponsables, agrupándose en dimensiones económicas, sociales, culturales, políticas, y psicológicas/individuales, una serie de causas relacionadas con el incumplimiento de la Patria Potestad, ampliando las esferas de intervención del Estado; marcándose diferencias importantes en la ejecutabilidad de las decisiones patrimoniales y no patrimoniales. Se puede concluir que la regulación en Colombia es más estricta en beneficio de los niños y adolescentes e incluso que la efectividad de las decisiones es mayor con las consecuencias que trae su incumplimiento.



Este libro se terminó de imprimir en Opinográfica Impresores S.A.  
San José de Cúcuta, Colombia  
Julio de 2015.



El libro *Patria Potestad* es una investigación conjunta interinstitucional consistente en una revisión documental sistemática y a una reseña analítica de los fundamentos de esta figura según la legislación venezolana, y complementada con una relación de las aplicaciones de las figuras legales de la *Patria Potestad* y sus anomalías procedimentales en Colombia. Esta investigación corresponde a un trabajo conjunto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica del Táchira (UCAT) y la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, a través de la cual se brindan elementos conceptuales de la *Patria Potestad* de ambas naciones (Colombia y Venezuela), y un análisis de situaciones irregulares en este trámite legal a ambos lados de la frontera, para facilitar el abordaje de esta temática desde la mirada binacional en la formación académica, el ejercicio del derecho, los deberes y obligaciones del ciudadano.

Tomás Wilches Bonilla  
Director Universidad Simón Bolívar - Sede Cúcuta

