

## **PATERNIDADES EMERGENTES: EL STATU QUO DEL HIJO COMO PROPIEDAD**

### **Mesa de Trabajo No 10: Entre la norma jurídica y la práctica social a 25 años de la Convención Sobre los Derechos del Niño**

*\*Marcela Cascavita<sup>1</sup>*

#### **Resumen**

El análisis sobre *El Statu Quo Del Hijo Como Propiedad*, surge dentro del proceso investigativo que tuvo por nombre *Paternidades emergentes*, por cuanto se hizo necesario revisar en los discursos legales el tema de la paternidad, la patria potestad, la custodia y en este contexto el sujeto implícito que hace referencia al hijo o hija como centro de las relaciones parentales; un hijo o hija que se encuentra en minoría de edad y que tiene por tanto una forma de comprensión, la cual se explica en el desarrollo de la categoría a partir de la revisión, análisis y estudio de documentos jurídicos que permitieron entrever las formas aceptadas en que se le representa jurídica y socialmente.

---

<sup>1</sup> Magister en Desarrollo Educativo y Social de la universidad pedagógica Nacional y CINDE. Docente de la universidad Distrital Francisco José de Caldas, subdirectora de la Corporación Cultural Cueda Majiyé.

## INTRODUCCIÓN

En este artículo se exponen los elementos y hallazgos del estudio que se realizó sobre la relación adulto – niño en el año 2012. La investigación localiza su mirada en la representación de la paternidad y la construcción de la relación entre padres (hombres) e hijos. Tuvo por objeto, reconocer las emergencias masculinas que promueven formas diversas de ser padre en las sociedades actuales. Motivo por el cual, se hizo necesario realizar un recorrido por las distintas nociones o comprensiones que se dan sobre el tema de la paternidad y la masculinidad a lo largo de la historia, con el fin de acercarse a la génesis del concepto y a la comprensión y reconocimiento de las emergencias paternales en la actualidad y que se hacen visibles con nuevos discursos sobre el tema. La investigación se realizó con los hombres-padres participantes de la Fundación Padres por siempre, esta organización reclama justicia social, de manera organizada y mancomunada, desde una idea democrática y equitativa de las funciones parentales. La categoría: *El Statu Quo Del Hijo Como Propiedad*, surge dentro del proceso investigativo, por cuanto se hizo necesario revisar en los discursos legales el tema de la paternidad, la patria potestad, la custodia y en este contexto el sujeto implícito que hace referencia al hijo o hija como centro de las relaciones parentales.

A partir de este estudio entonces, se reconoce al hijo o hija como todo aquel o aquella que tiene una relación con uno o varios adultos, lo que deriva en el reconocimiento de la organización familiar y deviene en el cumplimiento de unas funciones maternas y paternales. En esa medida, uno o dos “propietarios” (concepto que se explica en el transcurso del análisis) que para el caso de esta investigación, se encuentran en un conflicto de orden social y jurídico debido a procesos de separación o divorcio, que ameritan nuevos acuerdos para legitimar la crianza. Los documentos jurídicos que se analizaron en el estudio son: Dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia, expediente 00115 – 01 de 2004 y el expediente 2008 – 0024 del Juzgado Tercero de Familia, dos sentencias que tienen lugar en un tiempo y contexto diferentes, por cuanto la primera se desarrolla bajo los criterios del Código del Menor<sup>2</sup> y la segunda en el marco

---

<sup>2</sup>Código del Menor: Decreto 2737 de noviembre 27 de 1989 que tenía por objeto consagrar los derechos fundamentales de los “menores” para prevenir y corregir las situaciones irregulares que se presentarán. Este decreto se deroga por el artículo 217 de la ley 1098 de 2006.

del Código de Infancia y Adolescencia<sup>3</sup>. En el respectivo análisis se contemplan, entonces, estos preceptos legales, además de lo decretado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

## METODOLOGÍA

El proyecto de investigación que sirve como referente en la construcción de este artículo se inscribe en el enfoque cualitativo, por cuanto el análisis e interpretación de textos se realiza desde un corte hermenéutico, a partir del cual se identifican los conceptos de paternidad y las concepciones de niñez en el marco de lo concebido como hijo o hija, esto, dentro del ámbito familiar, social y legal.

Siguiendo el estudio de (Salinas, 2000, p.72) *“El análisis que se establece en la investigación cualitativa puede denominarse análisis cualitativo y desde él se realizan aproximaciones globales a situaciones sociales determinadas para explorarlas, describirlas y comprenderlas; esto a partir del conocimiento que tienen las personas involucradas en dichas situaciones y de los significados que los grupos sociales tienen de ellos mismos y de su propia realidad”*.

Ahora bien, frente al desarrollo específico de la categoría *El Statu Quo del Hijo como Propiedad*, que puntualmente da paso a éste artículo de investigación; emerge de los procesos de comunicación que se dieron en los textos, permitiendo estudiar los significados que los actores sociales atribuyeron a sus prácticas, discursos y realidad inmediata.

Así durante el proceso investigativo se promovió un espacio de acercamiento y comunicación con los actores sociales, con el fin de comprender los significados que les otorgaban a sus prácticas, posteriormente se analizan e interpretan textos jurídicos y entrevistas con el análisis de contenido y del discurso como métodos orientadores.

---

<sup>3</sup> La ley de infancia y adolescencia de noviembre 8 de 2006 expresa la obligación de garantizar a los niños, niñas y adolescentes un desarrollo armonioso y la plenitud de sus derechos.

Se realizaron entrevistas semiestructuradas a los padres de la fundación Padres por Siempre, una de tipo individual y otra colectiva, en esta participaron tres miembros del movimiento de padres. Por otro lado se realizaron entrevistas de manera individual a dos expertos en el tema de educación y psiquiatría, para que desde sus perspectivas aportaran al estudio. Es así como en total se realizaron seis entrevistas que permitieron recoger información, sobre sus opiniones, sus problemáticas ideológicas y reflexiones críticas, aspectos que sirvieron fundamentalmente para el análisis de la investigación.

Se estudiaron algunos de los documentos publicados en la página web de la Fundación Padres por Siempre y producciones mediáticas sobre movilizaciones de padres a nivel mundial por la custodia compartida de sus hijos o hijas. La información que se tomó de internet sobre estas manifestaciones permitió ampliar los marcos de comprensión sobre el tema.

Se realizó análisis del Discurso a un fragmento de la ponencia de los Derechos de los niños, custodia compartida de la Fundación Padres por siempre, este análisis se realiza bajo los preceptos de los estudios críticos del discurso, al respecto (Van Dijk, 1999, p 2):

*“El análisis crítico del discurso es un tipo de investigación analítica sobre el discurso que estudia primariamente el modo en que el abuso del poder social, el dominio y la desigualdad son practicados, reproducidos, y ocasionalmente combatidos, por los textos y el habla en el contexto social y político. El análisis crítico del discurso, con tan peculiar investigación, toma explícitamente partido, y espera contribuir de manera efectiva a la resistencia contra la desigualdad social”.*

A continuación se expone la siguiente tabla con los documentos analizados:

## DOCUMENTOS ANALIZADOS

**Sentencia (S1) expediente 00115 – 01 de la Corte Suprema de Justicia de 2004.**

**Sentencia (S2) expediente RADICACIÓN: 2008 – 002 Juzgado Tercero de Familia.**

**Entrevistas a padres**

**Entrevistas a expertos**

**Producciones y publicaciones mediáticas**

**Fragmento de la ponencia por los Derechos de los Niños Custodia Compartida de la Fundación Padres por Siempre.**

### *Sobre El Cuidado Personal*

Para abrir la discusión sobre el cuidado personal de los hijos o hijas se hace necesario abordar algunas disposiciones sobre Derecho de familia. Lo anterior dada la necesidad de aclarar el lugar de enunciación sobre el cual se argumenta el análisis, no sin antes comprender también la definición de Derecho que se tiene en cuenta en este estudio. De este modo y estudiando a (Villoro, 1987, p. 294) se entiende que el "*Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarla soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica*".

Es a partir de la normalización de la conducta que los civiles participan “voluntariamente” de las responsabilidades, derechos y deberes sociales. Sin embargo, cuando se desnaturalizan las prácticas sociales, se comprende que la voluntariedad corresponde a una tradición histórica y al resultado de las experiencias sociales y culturales que tradicionalmente se han mantenido y a partir de las cuales se legisla en Derecho, con el fin de regular o de obligar según la situación.

Ahora bien, frente al Derecho de Familia dice Medina (2010) que éste comprende el régimen jurídico de la familia, tanto en su origen y composición. Medina, explica el carácter de

la familia como el sistema de convivencia social de los seres humanos que permite obtener ventajas de la vida en sociedad. En ese sentido el Estado regula las relaciones familiares a partir de unos parámetros que se establecen en el derecho civil, en donde se entiende la familia como un derecho privado que se legitima por intermedio de contratos sociales<sup>4</sup>, que sirven para reglamentar todo lo concerniente a bienes, responsabilidades y derechos. En este contexto discursivo se propone el estudio del concepto de “propiedad”, que se establece en los contratos sociales, y desde los cuales se designan las normas de comportamiento en lo privado, centrando el análisis en el contrato padre e hijo o hija.

En las sociedades que nos preceden, los hijos en situaciones regulares, es decir que no se encontraban en condición de vulnerabilidad, se entendían como “propiedad” de los progenitores, y en caso de irregularidad; es decir niños o niñas abandonados, huérfanos, delincuentes, entre otros, eran “propiedad” del Estado. En el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989 y entrada en vigor el (2) de septiembre de 1990, se replantean estas nociones, llevando a que Colombia, con la Constitución del año 1991, ratificara los cambios que se venían gestando de forma paulatina, bajo la doctrina de protección integral y desde las directrices que proporcionaba la mencionada Convención de los Derechos del Niño<sup>5</sup>.

En ese sentido, los niños y niñas ya no serían más propiedad, si no que se comprenderían como sujetos de Derechos y los adultos-progenitores solo tendrían sobre ellos dos grandes responsabilidades: La responsabilidad parental y la custodia. Para efectos prácticos se comprenden las figuras como la representación Legal del infante y es claro, pues un recién nacido no puede de forma alguna tomar decisiones por sí mismo; por tal motivo esta falencia del nuevo ser pleno en derechos, la jurisprudencia la subsana otorgándole a los progenitores o personas responsables la tutela de dicha Representación Legal. Sin embargo resulta importante resaltar que la *responsabilidad parental* no solo es un asunto obligado por la imposibilidad del

---

<sup>4</sup> El contrato social en este estudio hace referencia a los acuerdos que las personas establecen de manera voluntaria, en relación a los deberes, compromisos, responsabilidades y derechos, motivo por el cual se aceptan normas morales y legales que permiten un orden social.

<sup>5</sup> “La Convención sobre los Derechos del Niño refleja una nueva perspectiva en torno al niño. Los niños no son la propiedad de sus padres ni tampoco son los beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos y los destinatarios de sus propios derechos. La Convención ofrece un panorama en el que el niño es un individuo y el miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo. Al reconocer los derechos de los niños de esta manera, la Convención orienta firmemente su mandato hacia la personalidad integral del niño” (UNICEF – Guía infantil.com).

infante, recién nacido, de tomar decisiones, sino que evidentemente esta figura está respaldada por los imaginarios culturales que sobre la niñez se han construido a partir de la experiencia y los vínculos que históricamente se han establecido en las formas de organización social; lo que conlleva a materializar la responsabilidad parental como un derecho fundamental de niños y niñas.

Es importante mencionar que el auge de la Convención de los Derechos del Niño promueve cambios paradigmáticos en cuantos a las relaciones que se establecen con la niñez, introduciendo nuevos lenguajes y discursos que reevalúan terminologías propias del Derecho romano promoviendo otras representaciones sociales sobre la infancia, es así como conceptos tales como “patria potestad,” “tenencia,” y “menor” deben ser estudiados a la luz de los nuevos preceptos legales que se constituyen hoy con la idea del niño, niña como sujeto y transformar la relación persona (entiéndase adulto) – “objeto” o “cosa”, esta última haciendo referencia al niño o niña.

Ahora bien es importante analizar que aunque se señalan procedimientos, discursos y formas de actuación frente al infante como sujeto de derechos, en este estudio se evidenciaron inconsistencias frente al ejercicio jurídico que continua reproduciendo en la práctica lenguajes que cosifican a la persona representada en el niño o niña, sumándole a ello el continuum de representaciones sociales tradicionales adoptadas del sistema patriarcal romano, lo cual se explicará con el análisis a las sentencias.

### ***De la Patria Potestad a la Propiedad del “menor”***

La custodia, es la figura legal que asegura que bajo ningún precepto los progenitores se consideren "dueños" o "propietarios" del ser humano niño o niña, representado en su hijo o hija. Por ello, se reglamenta la representación legal de los padres, para no permitir abusos, y desde los preceptos de la corresponsabilidad, cualquier ciudadano o ciudadana puede y debe exigir la intervención de los órganos de justicia y/o hasta intervenciones de los órganos del orden policial, si llegase a detectar que hay abuso de autoridad de un progenitor/ ra sobre sus hijos e hijas.

Desde esta perspectiva, se analizan dos sentencias que tienen lugar en un tiempo y contexto diferentes; por cuanto la primera se desarrolla bajo los criterios del código del menor y la segunda en el marco del código de infancia y adolescencia, encontrándose mínimas pero significativas similitudes en los instrumentos jurídicos al referirse en ambas a niños y niñas como “menores”, y en el uso de la figura “patria potestad”; concepto tomado del Derecho Romano primitivo, que aunque ha adquirido nuevos sentidos, hoy, en las distintas legislaciones se usa como un tecnicismo para representar las responsabilidades y el poder que se otorga a padres y madres y no como un derecho subjetivo; sin embargo es importante resaltar que este concepto tiene implícitos dos sujetos el niño o niña no emancipado y el padre, con todo el peso cultural que este tiene en occidente.

A partir de lo anterior se analiza que en la primera sentencia son los representantes de la sala o despacho quienes utilizan estos conceptos y en la segunda se evidencia el uso de los mismos, en los testimonios que rindieron familiares y en los interrogatorios a padre y madre.

El término patria potestad,<sup>6</sup> usado en las dos sentencias hace inteligible, que entre tanto los sujetos son “menores” de edad, no pueden asumir su propia responsabilidad legal, que para la ley colombiana se establece en el momento en que un hijo o hija cumple los 18 años. Citando a Cussiánovich (2005), esto solo minimiza el protagonismo social y al ciudadano de la niñez, no solo porque la ciudadanía en nuestra legislación se ejerce completamente al cumplir los dieciocho años, sujetándose en los derechos civiles y políticos, sino porque se desconoce que la ciudadanía se construye y se transforma a lo largo de la vida, omitiéndose de este modo la capacidad y procesos de socialización política de la infancia. Es así como se encontraron inconsistencias entre los discursos que legitiman la niñez en el marco de los Derechos y las prácticas y representaciones sociales que no reconocen procesos de socialización política de niños y niñas, ni el ejercicio de su ciudadanía.

La categoría El Statu Quo del Hijo como Propiedad, se desarrolla al develar el significado de la terminología que se usa en los documentos jurídicos estudiados, entendiendo de ello que niños y niñas aún se comprenden como “propios” en el imaginario de la familia occidental, restándole

---

<sup>6</sup>La patria potestad hace referencia al conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados.

importancia a su protagonismo y participación ciudadana. Parafraseando a Marx y Engels (1884), la propiedad se entiende como la posesión sobre un objeto o cosa, y el significado de la palabra menor dentro de este contexto, se entiende desde la Real Academia de la lengua como “cosa menor que otra”, en ese sentido propiedad y cosa tienen una relación directa y un sujeto implícito que en el caso de las sentencias es el adulto propietario. Resulta importante ampliar la definición de “menor” por ello se recoge de la línea de investigación en infancia y familia, de la Maestría en Desarrollo Educativo y Social de (CINDE) Centro internacional de Desarrollo Humano y (UPN) Universidad Pedagógica Nacional, Cohorte 23, lo siguiente:

*Se denomina como menor a la población menor de 18 años para significar que: son apéndices dependientes de los padres o del Estado, para significar que se deben proteger cuando son objeto de violencia, de explotación de abandono o de pobreza y para significar su minusvalía dependencia o incapacidad (2010).*

El sentido de esta definición tuvo especial auge en la aplicación de la llamada doctrina de la situación irregular<sup>7</sup>, a partir de lo cual se crearon instrumentos legales como el mencionado Código del Menor, donde el niño era solamente sujeto de protección y de esta manera propiedad de la familia o el Estado. Con la emergencia de la doctrina de protección integral, que tiene lugar en la Convención de los Derechos del Niño<sup>8</sup> y en la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, los niños y niñas son sujetos titulares de derechos, aún en su condición de hijos e hijas. Sin embargo, continua denotándose a niños y niñas como menores, evidenciado esto en el uso del lenguaje de las sentencias, entonces su protagonismo y el mismo reconocimiento de su existencia como legítima ante una sociedad plural y diversa se ve trastocado en la medida en que las prácticas continúan reproduciéndose de manera aislada a los discurso sobre Derechos. Con ello se visibilizan las tensiones entre el discurso de los Derechos y el uso en las prácticas sociales y jurídicas de conceptos y términos que subvaloran el lugar del infante en la sociedad.

---

<sup>7</sup> Se reconoció como una instancia judicial que protegía y reeducaba a los menores de edad que se encontraban en situaciones de irregularidad como delincuencia, abandono, pobreza con el fin de mantener el orden social establecido a partir del control de normas.

<sup>8</sup> Es el primer instrumento jurídico a nivel internacional que vincula todos los derechos humanos en 54 artículos que consagran el derecho a la protección de niños y niñas por parte de la familia, la sociedad y el Estado, en este documento se comprende a los niños menores de 18 años como sujetos de derechos y a los adultos como sujetos de responsabilidades. Es adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Según el Código Civil:

*“La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad le impone. Corresponde a los padres conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los dos padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia “(Artículo 288).*

En la explicación de esta figura jurídica, se menciona al hijo o hija como no emancipado, es decir una persona que no es autónoma ni libre, por cuanto está sujeta a la autoridad o potestad del adulto responsable. También se comprende entre líneas, el derecho que la ley le reconoce al padre y a la madre con el fin de facilitar su trabajo, es decir le facilita la autoridad y potestad para cumplir con sus deberes y en esa medida decidir por el sujeto no emancipado que en este caso es el hijo (niño o niña).

En la sentencia RADICACIÓN: 2008 – 0024 (S2) se dice:

*“Que la madre incumple los acuerdos y evita la convivencia de padre e hijo; no permite adecuado ejercicio de la **patria potestad** por parte del progenitor, ya que impide la participación de éste en decisiones trascendentales tales como la EDUCACION y, en diferentes ocasiones, la madre no le deja ver al hijo, cambia los acuerdos a su acomodo, reduce los periodos en los que el padre puede estar con el hijo”*

Con este apartado de la sentencia se evidencia el conflicto por la “patria potestad” sobre el niño en calidad de hijo, develándose la autoridad que tiene la madre sobre el sujeto hijo y las posibilidades del padre de tener el mismo derecho de autoridad o poder, en la toma de decisiones sobre aspectos trascendentales en la vida del niño (todo lo consagrado en el Artículo 288). Ahora bien, aunque este concepto “patria potestad” es reevaluado con la Ley de infancia y adolescencia y se complementa con el de “responsabilidad parental” según el artículo 14; en el argot de las familias continua pronunciándose con la significación y sentido que expone el

código civil. Esto vislumbra la necesidad de promover un cambio conceptual con arreglo a las leyes sobre infancia que hoy reconocen al niño o niña como sujeto y en ese marco, el derecho que tienen a la responsabilidad parental, categoría que enuncia de manera más clara el sentido de las instituciones familiares, acorde a los derechos, responsabilidades, deberes y obligaciones que la integran en la actualidad. Se vislumbra entonces contradicciones entre las disposiciones legales de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que los comprende como sujetos de derechos, y las representaciones sociales y jurídicas que legitiman la patria potestad, como el derecho que tienen los padres sobre la *Propiedad* del hijo o hija.

En los artículos 12 y 13 de esta Convención se manifiesta el derecho que tienen niños y niñas a que su opinión sea escuchada, el derecho a ser oído y a la libre expresión; sin embargo lo que se percibe en el análisis de las sentencias, es el mundo adulto regulando el bienestar del infante. Manifestándose con ello prácticas adultocéntricas. De ahí que el análisis del statu quo del hijo como propiedad se sustente en esas prácticas que dejan sin voz a quienes son el objeto de disputas, conciliaciones, encuentros y desencuentros, en esas prácticas que colocan a niños y niñas a la espera de las soluciones de los adultos encargados.

Del mismo modo el uso de la denominación ‘menor’, referida a niños y niñas, entra en contradicción con la denominación ‘sujeto de derechos’, por cuanto la representación de “menor” indica características que hacen alusión a pequeños e indefensos, como ya se mencionó, lo cual sugiere que siempre debe haber alguien mayor que los represente haciéndose necesaria una relación de poder. Al respecto (Galvis, 2006, p. 66) afirma:

*Los niños son interlocutores para los adultos, los niños y las niñas son activos, tiene un mundo con significados propios que ellos expresan a través de sus diferentes lenguajes, que por consiguiente los adultos debemos entender, descifrar y respetar y en mi parecer, este el gran alcance para considerar a los niños y las niñas como sujetos de derecho.*

Ahora bien, al analizar la siguiente cita de la sentencia Expediente No 00115-01 (S1), en la que el actor (demandante) pretende que mediante ésta se declare *que la menor es su hija extramatrimonial, y no la hija legítima del matrimonio entre el señor X y la señora Y y en*

*consecuencia, que se ordene la correspondiente cancelación de la inscripción en el respectivo registro civil. De manera acumulada, solicita a su vez que se le declare padre extramatrimonial de la menor<sup>9</sup> y que en tal condición, se le otorgue la custodia y el cuidado personal de ésta.*

Se entiende que el estado de la niña desde la mirada del código del menor es el de hija legítima<sup>10</sup> por cuanto nace en el seno de un matrimonio y por ende de una familia que le proporciona dos “propietarios”: papá y mamá legalmente reconocidos, que en este caso se encuentran en disputa con otro hombre, que dice ser el padre biológico y por lo tanto reclama se le reconozca la propiedad también de su “menor hija”. Es claro en la sentencia que la figura de la hija, por su minoría de edad, requiere de un representante legal, que en este caso son sus padres legítimos y el Estado, quienes posibilitan sus derechos y seguridad, motivo por el cual se legitima desde la jurisprudencia el cuidado personal y el bienestar necesarios de niños y niñas desde la institución de la patria potestad, además de identificar a la niña como menor para significar su dependencia. En todo el desarrollo de la sentencia, los interlocutores son los adultos padres legítimos, el padre extramatrimonial y el Estado representado en un adulto; los dos primeros discuten sobre el registro civil de la niña y el segundo es quien procede y toma la decisión.

De forma similar en la sentencia RADICACIÓN: 2008 – 0024 (S2) sobre custodia compartida, el demandante (padre) sustenta su petición de custodia y cuidado personal de manera compartida con la madre, en igualdad de condiciones, respecto del “*menor de edad*”, a raíz de las dificultades afrontadas para ejercer su rol paterno, derivadas de los conflictos presentados entre la ex pareja desde la ruptura de su relación sentimental. De igual forma la sentencia se desarrolla a partir de audiencias y entrevistas a adultos que permiten entrever la relación del padre con el hijo y la importancia de su cercanía en la vida del niño, a diferencia de la sentencia 1, se realiza entrevista al niño y valoración psicológica, reconociendo en el desarrollo de la sentencia dicha valoración y el concepto del profesional, motivo por el cual se resuelve:

---

<sup>9</sup> Se denomina como menor a la población menor de 18 años (niños y niñas) para significar que son apéndices dependientes de los padres o del Estado.

<sup>10</sup> Se entiende por hija legítima, a la niña que fue concebida durante el matrimonio de sus padres y reconocida jurídicamente por ellos.

*“conceder en consecuencia la custodia compartida del menor a su padre y a su madre, de la siguiente manera: por lapso de tres meses a cada uno, de manera alternada (..)”*

Lo que permite afirmar que aún hoy, a la par de los significativos avances del marco legal en derechos de infancia, coexiste con ello una representación simbólica del niño o la niña (hijo), en la dinámica jurídica del Derecho de Familia, que es la del “menor” que requiere de un tutor para el ejercicio de sus derechos; confirmando que el hijo o hija está sujeto al asunto de la propiedad, como estrategia cultural, social, política y jurídica que garantiza su protección. Se entiende entonces, que las relaciones que transitan en los vínculos parentales están mediadas por relaciones de poder, donde el “menor” legítimamente tiene “propietarios”.

### ***El sujeto hijo o hija en el marco de la custodia mono –parental***

En particular este estudio se interesó por revisar el tema de la custodia de los hijos e hijas; ejercicio que develó fisuras entre los padres y madres separados, divorciados o que nunca estuvieron unidos por sociedad conyugal, lo cual se evidencia en las entrevistas a los hombres de la Fundación padres por Siempre.

De esta manera, se abordó el tema de la custodia mono – parental<sup>11</sup> encontrándola como una de las prácticas jurídicas institucionalizadas con la que se resuelve en la mayoría de los casos el tema del cuidado de los hijos e hijas. Se revisó el auge de la custodia compartida, que se empieza a gestar y a instituir a partir de la manifestación pública que padres y madres han realizado, con el fin de hacer de las relaciones parentales una práctica equitativa y de paridad participativa.

La Custodia, responsabilidad del padre y la madre, como su nombre lo indica se refiere al cuidado personal del infante, a la responsabilidad de estar pendientes del niño o niña para suministrarle lo necesario para su desarrollo integral, para lo cual se establecen normativas que regulan los posibles abusos del progenitor (padre o madre) sobre sus hijos o hijas. De hecho, las normas que regulan la violencia intra-familiar dotan a los operadores de Justicia para intervenir

<sup>11</sup> Entiéndase por mono – parental la composición núcleo familiar que se establece con un solo progenitor /ra y uno o varios hijos /as.

de ser necesario en el ámbito privado de la familia, si alguno de sus miembros solicita protección.

Jurídicamente se reconoce a un niño o niña desde la doctrina de protección integral como hijo de familia, con padre y madre de familia, a este respecto, la Convención de los Derechos del niño, establece:

*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. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes **prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño** y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños (...)*”  
(Artículo 18).

Se comprende con este apartado que el objetivo es el interés superior del niño, es decir su bienestar, por el que deben velar los padres y las madres. También el Estado y la Sociedad, motivo por el cual si los padres y madres fallan o faltan, el Estado deberá tomar medidas, quedando los niños o niñas bajo su inmediata jurisdicción, es decir cambian de representante legal.

Al revisar la normativa establecida en el Código de Infancia y Adolescencia se encontró al respecto de las responsabilidades de los padres y madres lo siguiente:

*Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres de forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal, se extiende además a quienes convivan con*

*ellos en los ámbitos familiar, social o institucional o sus representantes legales (Artículo 25).*

Este apartado ratifica el derecho que tiene el hijo o la hija a un padre y una madre, para la garantía del cuidado necesario que se requiere; con lo cual se ejerce también el derecho a la “propiedad” del hijo o hija por parte de los padres y de las madres, entre tanto se exprese jurídicamente con el uso de la figura: patria potestad o se le represente socialmente desde esta perspectiva. Estos propietarios por ende, están obligados a cumplir con los cuidados necesarios para el desarrollo integral de niños y niñas, y por tal motivo el derecho de estos últimos según lo establece el código, es el de contar con un representante legal que vele por sus derechos, lo cual lleva a pensar en el niño o niña como un ser sujeto a un adulto o en el hijo/a sujeto a unos padres. De esta relación se desprende una idea de familia; la familia a la que todo niño tiene derecho y que en este estudio se comprende como unidad parental, padre, madre, hijo o hija.

Ahora bien al centrar la atención en la relación padre – hijo/a se enuncia: *“Los niños, y niñas y adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella”.* Artículo: 22. Ley de infancia y adolescencia. (2006).

Es decir, que los niños y niñas en circunstancias “normales o regulares”, en el marco de la doctrina de protección integral<sup>12</sup>, que reconoce a los niños como sujetos de derechos, debe contar con una familia en la que el adulto o los adultos garanticen un hogar, haciéndose responsables de ellos como personas, bajo la figura de responsabilidad parental, que como ya se explicó alude a la responsabilidad, deberes y obligaciones para con el hijo o hija, enmarcado ello en el contexto cultural en el que se instituye la familia, contexto que responde todavía a un modelo hegemónico patriarcal, por lo tanto, aunque en los discursos jurídicos se evidencian cambios paradigmáticos, no deja de entenderse la relación parental desde una mirada positiva (causa – efecto), en la que los padres “propietarios” proporcionan un bien y el niño o niña lo recibe, el padre como proveedor y la madre como la célula principal de cuidado y protección, no

---

<sup>12</sup> Se entiende por protección integral el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos que tienen la garantía para el cumplimiento de los mismos, desde la concepción del interés superior del niño.

reconociéndose una relación mutual en la que niños y niñas también construyen y aportan en las dinámicas familiares y el intercambio de roles al interior de las familias.

Por ello, no se puede pasar por alto un análisis frente a los ejecutores de justicia a nivel familiar con respecto a la organización que se promueve frente a la “propiedad” de los niños y niñas; como son: las Comisarías de Familia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y los Juzgados de Familia con potestad jurídica en estos temas y quienes como agentes del Estado regulan las relaciones parentales. Para contextualizar el terreno institucional regulado por el marco legal, a continuación se expone una breve descripción de cada una de estas organizaciones sociales.

- El Ministerio de Protección Social. (2007) expone que las comisarías de familia surgen en 1989 mediante el decreto 2737 de noviembre 27 de 1989 (código del menor), decreto que las inscribió dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, tienen carácter policivo como autoridad en el restablecimiento de derechos para proteger en el nombre del Estado a las Familias como el núcleo social fundamental. Son entidades distritales, municipales e intermunicipales de carácter administrativo y tienen la finalidad de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia envueltos por situaciones de violencia intrafamiliar.
- El (ICBF) Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, (2005) es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de la Protección Social, creado por la Ley 75 de 1968, reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7ª de 1979 y su Decreto Reglamentario 2388 de 1979; sus estatutos fueron aprobados mediante Decreto 334 de 1980, modificado parcialmente por los Decretos 1484 de 1983 y 276 de 1988, reestructurado por el Decreto 1137 de 1999 y, su organización interna establecida mediante los Decretos 1138 de 1999 y 3264 de 2002. Las funciones del ICBF son las de ejecutar las políticas del Gobierno Nacional en materia de fortalecimiento de la familia y protección de las y los infantes, coordinar su acción con otros organismos públicos y privados e

integrar al Sistema Nacional de Bienestar Familiar a todos los que cumplan actividades de servicio de bienestar familiar ó estén llamados a cumplirlos.

- En cuanto a los Juzgados de familia, en el decreto ley número 206 se dice que la familia, como elemento fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, mediante la creación de una jurisdicción privativa regida por normas y disposiciones procesales, que hagan posible la realización y aplicación efectiva de los derechos tutelares que establecen las leyes .

Este breve recuento sirve para comprender la función de estas instituciones, con las cuales la mayoría de familias se encuentran, al momento de tener que solucionar diversos conflictos que tienen que ver con el bienestar y la custodia de los hijos e hijas. Es en esta dinámica institucional en que los padres y madres defienden, rechazan o concilian la responsabilidad de ser Representantes Legales o "propietarios" de sus hijos e hijas. En este contexto, cabe señalar que se visibilizaron dinámicas que van en contravía de las disposiciones legales, (Artículos 13, 42, 44 de la Constitución Política de Colombia; Artículos 2, 18 de la Convención de los Derechos del Niño; Artículos 1, 8, 14, 18, de la Ley de Infancia y Adolescencia), pues alrededor de la pregunta de ¿qué opinión le merece la regulación de visitas que se hace a los padres separados por parte del Estado? que se planteó en una entrevista a un padre de familia, el manifestó lo siguiente:

*Primero que todo jurídicamente no hay esa figura, está hecha por providencia y jurisprudencia pero en ningún momento en ninguna parte de la legislación hay algo que diga que hay regulación de visitas, ahora otra cosa eee... ¿es lógico?, la misma palabra tiende hacer peyorizante, ¿es lógico que un padre visite a su hijo? se me hace que es totalmente exabrupto. Ahora si tú revisas todo el marco jurídico en la Convención, o la Ley de Infancia y Adolescencia...eeeo en el código civil siempre se habla de responsabilidades compartidas (Entrevista E2).*

Es así como se expuso en ésta investigación, por parte de los actores sociales (papás) una constante tensión, entre las disposiciones legales que se dan en la interpretación que hacen los

juristas respecto del marco legal actual y vigente, y las relaciones paterno filiales que ellos ejercen y desean consolidar en la práctica de relación y vínculo afectivo con sus hijos e hijas.

Los padres entrevistados manifestaron que la tensión se da cuando las prácticas jurídicas que tradicionalmente se han desarrollado en este país desestiman el rol paterno, afectando el derecho de la patria potestad -“propiedad” sobre el hijo en los casos de separación o divorcio al otorgar la custodia monoparental a la madre mayoritariamente, afectando el hecho de que solo se es padre cuando se tiene una relación de convivencia directa con el hijo; motivo por el cual ellos aducen que bajo las circunstancias jurídicas que se generan, se promueven relaciones afectivas foráneas con los hijos e hijas. Al respecto en la entrevista (E2a):

*Siempre que hay un rompimiento entre los padres, se piensa antes que nada, ¿y ahora el niño con quién se queda? Y la respuesta es con uno de los dos, pero no se piensa en la posibilidad de que el niño pueda estar y compartir con los dos el mismo tiempo, por eso es que por regla general se da la custodia monoparental y por regla general también es dada a la mamá. El rol materno se prioriza sobre el paterno, éste siempre es la prioridad, como si los padres no tuviéramos la capacidad de cuidar y amar a nuestros hijos también. Pero si tú miras la Constitución Política, en el artículo 13, pues ya podrás ver que en teoría no se puede hacer discriminación por género, sin embargo nosotros nos sentimos totalmente discriminados por ser hombres y aunque también tenemos los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de Infancia y Adolescencia, el Código Penal, igual se le sigue dando prioridad a ella como madre cuando el marco legislativo es claro en pronunciar que los hijos son responsabilidad de ambos.*

Siguiendo también el estudio de La Masculinidad y la Paternidad del Poder al Cuidado de (Zicavo, 1999, p. 5) se entiende que:

*(...) La tradición ha acuñado una serie de costumbres, conductas y disposiciones ubicando al hombre en una posición desventajosa respecto a la mujer en relación con los hijos.*

Se puede entonces inferir a partir de estas dos afirmaciones, que el lugar del padre separado o divorciado, con respecto a la relación con su hijo es diferente al que se constituye y permanece en el escenario de la familia nuclear, soportada en la unión entre hombre y mujer por vía del matrimonio o por unión marital de hecho. Se hace visible en los postulados citados el sentir de los padres que se encuentran en esa situación de divorcio o separación frente a las costumbres jurídicas, a partir de las cuales se regulan las funciones parentales en tales casos, y que en particular según ellos, las medidas que se toman en caso de separación afectan su representación Legal o “propiedad”, es decir la cercanía y construcción de la relación con sus hijos o hijas.

Los padres entrevistados atribuyen estas prácticas jurídicas al resultado de las experiencias sociales y culturales. Por diferentes circunstancias de tipo histórico, como: i) la realidad de maltrato, abuso y abandono de niños y niñas, Aries (1979), o ii) las representaciones que circundan la relación madre – hijo, como la idea del instinto materno, e incluso, iii) las aseveraciones de tipo biológico que le dan un carácter natural a esta diada, o la función social que se le ha dado a la madre como eje de la familia, aspectos como los planteados en estos tres puntos hacen que prevalezca esta imagen en el deber ser, al interior del seno del hogar y por ende de la sociedad, legitimándose constantemente la figura materna desde el derecho civil, con las sentencias de custodia monoparental, delegando la “propiedad” en la madre.

Es así como las prácticas jurídicas dirimen la relación entre padres e hijos a través de la figura de custodia mono parental mayoritariamente, la cual se otorga, según la valoración dada a cada caso. Desde esta perspectiva se entiende que la custodia es otro elemento importante que conlleva a la construcción de representaciones y relaciones de “propiedad” entre padres, madres e hijos/a y que es a partir de esta relación, cuidado y empoderamiento, que se puede hablar de una relación padre – hijo, o madre – hijo, la cual se construye culturalmente y que en esa medida se hacen padres solo cuando se tiene cercanía, contacto, responsabilidad y amor a los hijos e hijas.

Se concluye, de acuerdo a este análisis, que las relaciones que se suscitan entre el mundo adulto y los niños están mediadas por el asunto de la “propiedad” como estrategia social y

jurídica vigente, para garantizar la protección del hijo o hija, pues aunque se habla de los niños y niñas como sujetos de derechos, la adquisición de estos y su restablecimiento, esta mediado por el adulto “propietario”, por el que tiene el poder y potestad, de decidir su porvenir, de ahí, que más que sujeto, es objeto de todo aquello que se ha instituido social y jurídicamente.

Se reconoce además en las prácticas sociales mencionadas por los actores (padres) y por las evidencias de la sentencia 2, que en la actualidad emergen cambios en cuanto al relacionamiento entre padre e hijo/a, como lo menciona Puyana (2003), ya que es evidente la tendencia de algunos padres a desear y compartir el statu quo del hijo como propiedad, lo que le permitirá estar presente en la vida del hijo o hija y éste o ésta en la vida de él. Esta forma de relacionamiento bidireccional es lo que consolida en este estudio lo que se ha denominado paternidades emergentes.

Para cerrar, hacerse padre en la actualidad para algunos hombres, es una apuesta cultural, social y política, como lo expone Bonino (2003). La paternidad surge de un sistema actual de valores, en el que se da relevancia al vínculo entre padres e hijos/as, y este modelo concede nuevos atributos a la figura del padre actual, permitiendo comprender la paternidad de maneras diferentes, alejando la idea del padre distante y autoritario. Por otro lado reconocer que niños y niñas como sujetos aportan en las relaciones que se construyen al interior de una familia, y que no solamente los adultos aportan en el desarrollo integral de estos/as, sino que los niños/as también aportan en la formación de los adultos y que por tanto la relación no es unidireccional si no bidireccional, permitiría entenderlos como sujetos protagonistas de derechos, con capacidades decisorias.

## **BIBLIOGRAFIA**

Bonino, Luis. (2003). Las Nuevas Paternidades. Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 16.  
Disponible <http://revistas.ucm.es/trs/02140314/articulos/CUTS0303110171A.PDF>  
(Consultado 5 de abril de 2011)

Código civil. (2000). República de Colombia

Código Del Menor. (1999). República de Colombia

Código De Infancia Y Adolescencia. (2006). Colombia

Constitución Política De Colombia (1991)

Convención de los derechos de los niños. (2006). Disponible en URL  
([http://www.unicef.es/derechos/docs/CDN\\_06.pdf](http://www.unicef.es/derechos/docs/CDN_06.pdf)) (consultado en febrero 13 de 2011)

Cussianovich, Alejandro. (2005). Educando desde una pedagogía de la ternura. Disponible en  
URL:  
<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Pedagogia%20de%20la%20ternura.pdf>,  
(consultado 12 -11-10)

Custodia compartida. 2010. Ley 2/2010, de 26 de mayo. Aragón. Disponible en URL:  
<http://www.custodiacompartida.org/content/view/1148/1003/> (consultado el 12 de abril  
del 2011)

Diario Oficial De Colombia - 10 de Agosto de 2007 - *Id 50464559* - *vLexColombia*. Disponible  
en URL: (<http://diario-oficial.vlex.com.co/vid/notifica-carlos-emigdio-hurtado-carabali-50464559>) (consultado el 10 de marzo de 2011)

Fundación Padres por siempre. Disponible en URL:  
<http://www.padresporsiempre.com/abuelos.html>. (Consultado en enero 11 de 2011)

Galvis, Ligia. (2006). Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos.  
Mirada a Latinoamérica. Ediciones Aurora, p. 66.

Puyana, Yolanda. (2003). Compiladora. Padres y madres en cinco ciudades colombianas:  
cambios y permanencias. Universidad Nacional. Bogotá. Almudena Editores. Bogotá.

República De Colombia, Ministerios De Protección Social, ICBF, (2010) Lineamiento Técnico para las comisarías de familia. Disponible en URL. ([www.icbf.gov.co/.../LINEAMIENTOTECNICOPARALASCOMISARIASDEFAMILIAAbril23d](http://www.icbf.gov.co/.../LINEAMIENTOTECNICOPARALASCOMISARIASDEFAMILIAAbril23d)) (Consultado el 10 de marzo de 2011)

Salinas, Luz Marina. (2000). Investigación Cualitativa. Ed. Universidad Javeriana. Colombia, p. 72.

Instituto De Bienestar Familiar. Observatorios de infancia y familia. Disponible en URL (<http://www.icbf.gov.co/icbf/Observatorios/OIF.html>) (consultado el 10 de marzo de 2010)

Van Dijk, Teun, A. (1999). El análisis Crítico del Discurso. In Anthropos. Barcelona, p. 2.

Villoro, Toranzo Miguel. (1987) Introducción al estudio del derecho. 7a edición. México. Editorial Porrúa, p. 274.

Zicavo, Martínez Nelson. (1999). Tesis sobre la Padrectomia. El rol de la paternidad y la padrectomia post-divorcio. (Página web fundación padres por siempre). Disponible en: URL <http://www.padresporsiempre.com/padrectomia.html>. (Consultado 09-04-21), p. 5.