CONCEPTO 105 DE 2017

(septiembre 13)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Bogotá, D. C.

Señor Cónsul de Colombia
Cancillería de Colombia
Calle 10 No. 5-51 Palacio de San Carlos
Ciudad

Asunto: Respuesta a su solicitud de concepto radicado 371366 del 31/07/2017

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. DE LA CONSULTA

Se solicita concepto sobre el alcance de la figura de la cesión de custodia y cuidado personal en el derecho colombiano, y, en su caso, su correspondencia con la figura de la tutela contemplada en el Código Civil Español.

II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifican los siguientes problemas jurídicos:

¿la custodia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes puede cederse?, en caso afirmativo, ¿en qué casos?, y ¿cuál es su alcance?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto abordará los siguientes temas: 3.1 La patria potestad y los derechos de los padres sobre sus hijos; 3.2 La custodia y cuidado personal en el derecho colombiano.

3.1. La patria potestad y los derechos de los padres sobre sus hijos.

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad “es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribe todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los actos que impidan el ejercicio de sus derechos".

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003 de 2007 manifestó:

"En armonía con la citada disposición, 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.

En efecto, 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".

En efecto, enuncia como características de la patria potestad las siguientes:

--"Se aplica excesivamente 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".

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, 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 de edad, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, que sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que, a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro.

Respecto a la patria potestad, la Corte ha indicado que es de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del niño, niña o adolescente, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

La patria potestad sobre un menor de edad podrá ser suspendida y terminada, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia, el juzgador puede dejar su ejercicio en el padre que no ha dado lugar a los hechos, o designar un guardador al niño, niña o adolescente cuando ambos progenitores han incurrido en las conductas que ameriten la suspensión o privación de los mencionados derechos, y sus efectos jurídicos se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo.

En efecto, el artículo 315[1] del Código Civil, norma que se aplica por remisión expresa del artículo 310,[2] se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

3.2. La custodia y cuidado personal en el derecho colombiano.

El derecho de custodia y cuidado personal derivado de la patria potestad, es además un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes y goza de una especial protección a nivel supranacional, constitucional y legal, es así que la Convención Americana de los Derechos del Niño lo establece en sus artículos 7o[3] y 9o,[4] la Constitución Política de Colombia lo consagra en su artículo 44 y el Código de Infancia y Adolescencia lo garantiza y desarrolla en su artículo 23.

Inicio

CONCEPTO 105 DE 2017

(septiembre 13)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Bogotá, D. C.

Señor Cónsul de Colombia
Cancillería de Colombia
Calle 10 No. 5-51 Palacio de San Carlos
Ciudad

Asunto: Respuesta a su solicitud de concepto radicado 371366 del 31/07/2017

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. DE LA CONSULTA

Se solicita concepto sobre el alcance de la figura de la cesión de custodia y cuidado personal en el derecho colombiano, y, en su caso, su correspondencia con la figura de la tutela contemplada en el Código Civil Español.

II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifican los siguientes problemas jurídicos:

¿la custodia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes puede cederse?, en caso afirmativo, ¿en qué casos?, y ¿cuál es su alcance?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto abordará los siguientes temas: 3.1 La patria potestad y los derechos de los padres sobre sus hijos; 3.2 La custodia y cuidado personal en el derecho colombiano.

3.1. La patria potestad y los derechos de los padres sobre sus hijos.

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad “es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribe todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003 de 2007 manifestó:

“En armonía con la citada disposición, 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.

En efecto, 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".

En efecto, enuncia como características de la patria potestad las siguientes:

--"Se aplica excesivamente 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".

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, 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 de edad, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, que sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que, a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro.

Respecto a la patria potestad, la Corte ha indicado que es de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del niño, niña o adolescente, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

La patria potestad sobre un menor de edad podrá ser suspendida y terminada, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia, el juzgador puede dejar su ejercicio en el padre que no ha dado lugar a los hechos, o designar un guardador al niño, niña o adolescente cuando ambos progenitores han incurrido en las conductas que ameriten la suspensión o privación de los mencionados derechos, y sus efectos jurídicos se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo.

En efecto, el artículo 315[1] del Código Civil, norma que se aplica por remisión expresa del artículo 310,[2] se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

3.2. La custodia y cuidado personal en el derecho colombiano.

El derecho de custodia y cuidado personal derivado de la patria potestad, es además un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes y goza de una especial protección a nivel supranacional, constitucional y legal, es así que la Convención Americana de los Derechos del Niño lo establece en sus artículos 7o[3] y 9o,[4] la Constitución Política de Colombia lo consagra en su artículo 44 y el Código de Infancia y Adolescencia lo garantiza y desarrolla en su artículo 23.

La custodia se refiere al cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales la tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a niña.

Sobre este derecho y obligación de los padres, el artículo 253 del Código Civil establece respecto de este derecho:

"CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

Y sobre el ejercicio por parte de personas diferentes a los padres, el artículo 254, señala:

“CUIDADO DE LOS HIJOS POR TERCEROS. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes”.

Por su parte el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, dispone:

"Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en 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 a sus representantes legales”.

El padre que ostenta la custodia y el cuidado personal de su hijo menor de edad, debe garantizarle a éste su derecho fundamental a las visitas de su otro progenitor, quien también tiene el deber de mantener la relación afectiva con éste.

Estos derechos de custodia y visitas pueden regularse por los padres a través de conciliación o por autoridad administrativa o judicial con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de evidenciarse una inobservancia, amenaza o vulneración de los mismos.

Sobre el concepto de custodia y la facultad para regularla, la Corte Constitucional ha señalado:

“Ante la circunstancia de la separación, el niño debe proseguir su vida viviendo con uno de sus padres, a quien le corresponde la custodia y cuidado personal, pero sin perder el contacto y los vínculos con el padre con el cual ya no va a convivir diariamente, a quien tiene el derecho a ver con frecuencia. Y es que la finalidad principal de la custodia y cuidado personal, como se precisa en la Sentencia T-

557 de 2011, es "garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", pues la custodia y cuidado personal implican una responsabilidad permanente en el tiempo para el padre que convive diariamente con el niño, mientras que la finalidad principal del régimen de visitas, como se advierte en la Sentencia T-500 de 1993, al aludir a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 1984, es “el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo".

3.8.5.3. En este contexto en algunos eventos se puede decidir que la custodia será compartida por ambos padres y, en otros, se puede decidir que a uno de ellos le corresponde la custodia y el cuidado personal y al otro las visitas. La segunda situación, relevante para el caso sub judice, implica revisar cómo se decide la custodia y cuidado personal del niño. Para este propósito conviene tener en cuenta lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, así: (i) la custodia y el cuidado personal del niño deben ser asumidos, en forma permanente y solidaria y de manera directa y oportuna por ambos padres (art. 23); (ii) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del Defensor de Familia (art. 82.9); (iii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iv) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100)"[5]

"En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.[6]

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con las anteriores consideraciones y en atención a la consulta del asunto se presentan las siguientes conclusiones:

1. La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, cuya titularidad corresponde a los padres exclusivamente y en favor de los intereses de los hijos no emancipados, para facilitar y permitir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, derivadas del parentesco y la filiación. Es orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla, en interés del niño, niña o adolescente, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

La custodia y cuidado personal, es un derecho derivado de la patria potestad, y a su vez, un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, que en principio corresponde a los padres conjuntamente, salvo que, en virtud del interés superior del niño, y por diversas situaciones dadas en el contexto familiar, se disponga por acuerdo de los padres (conciliación), o por orden de la autoridad administrativa (Defensor o Comisario de Familia) o judicial, otorgarla a uno de los padres o al pariente más próximo que se encuentre en capacidad y cuente con la idoneidad para garantizar el cuidado, protección y demás derechos. Esta figura no suspende ni termina la patria potestad, motivo por el cual, los padres, Mantienen los derechos y deberes propios de ésta, respecto de su hijo mientras cumple la mayoría de edad o, sea suspendida o terminada por la autoridad judicial con base en las causales establecidas en la Ley.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante, lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. ARTÍCULO 315. La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1) Por maltrato del hijo,

2) Por haber abandonado al hijo.

3) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.

4) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

5) 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 sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena

2. ARTÍCULO 310. "La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

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

3. "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (...).

4. "1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

5. Sentencia C-239 de 2014

6. Sentencia T-115 de 2014

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.