



CONCEPTO 116 DE 2016

(septiembre 22)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/1760709772

Bogotá D.C.,

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: respuesta derecho de petición SIM 1760709772

De manera atenta, en atención a la consulta del asunto recibida vía correo electrónico, relacionada con la garantía de los derechos de los padres respecto de sus hijos, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos y se remitirá copia a la Dirección de Protección:

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuáles son los derechos de los padres sobre sus hijos?

¿Se pueden regular, suspender o privar a los padres de sus derechos y qué casos?

II. ANALISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura 3.1 La patria potestad y los derechos de los padres sobre sus hijos; 3.2 El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos; 3.4 Caso concreto.

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 proscribire 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"

Respecto a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad en sentencia C-145 de 2010 la Corte Constitucional indicó que estos se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no

involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley, el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres. En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.

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, 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 menor de edad, 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] ibídem, se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

Los efectos de la terminación tienen carácter definitivo, siendo imposible su recuperación, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil, en armonía con lo previsto en el artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, les corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad. En cualquier caso, la suspensión o terminación de la patria potestad, no libera ni exonera a los padres de los deberes que tienen para con los hijos, manteniéndose vigente la obligación de proveer alimentos en favor de ellos, al igual que los deberes de crianza, cuidado personal y educación.

Ahora en cuanto al derecho de custodia y cuidado personal derivado de la patria potestad, es importante mencionar que hace parte integrante de los derechos fundamentales 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 7, 8 y 9, 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 la niña.

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.

Esta facultad de los Estados de regular o limitar los derechos de los padres sobre los hijos, y especialmente el de custodia y visitas, se encuentra consagrada en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

"1. Los Estados Partes velarán porque 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". (subrayado fuera de texto)

Sobre esta facultad, la Corte Constitucional ha señalado:

"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."[3]

3.2. El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos previsto en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, es el conjunto de actuaciones, competencias y procedimientos que debe adelantar la autoridad administrativa con el fin de promover la realización y el restablecimiento efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados, y, en esta medida, constituye una herramienta fundamental a través de la cual se asegura la operatividad del esquema de garantías, responsabilidades y competencias consagrado en la Constitución Política, en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en aplicación del principio de la protección integral.

Por su parte, las medidas de restablecimiento de derechos son decisiones de naturaleza administrativa que decreta la autoridad administrativa competente para garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se encuentran consagradas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, pueden ser provisionales o definitivas, y deberán ser acordes con el derecho amenazado o vulnerado, es decir, con base en las circunstancias fácticas que dieron lugar o podrían dar lugar a la vulneración de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con base en la normativa legal y constitucional vigente, garantizando la prevalencia de su interés superior.

El Libro Primero del Código de la Infancia y la Adolescencia, establece una serie de principios que se proyectan en el resto de normas sustantivas y procesales y por supuesto en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, tales como el principio del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la corresponsabilidad entre otros.

El artículo 6 del Código establece que lo contenido en la Constitución Política y tratados internacionales ratificados por Colombia servirán de guía para la interpretación y en todo caso se aplicara la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Como puede verse esta norma es la concreción del principio “pro infans” que debe regir toda actuación administrativa y judicial en la que se involucren derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el sentido de que el interés superior constituye un criterio de interpretación que debe ser tenido en cuenta en todos los casos.

Para la Corte Constitucional "el interés superior del menor de edad no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho

interés, que es de naturaleza real y relacional sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal".

Por lo tanto, en la interpretación de las normas sustantivas y procedimentales este principio exige de las autoridades competentes una gestión oportuna para garantizar la idoneidad y la pertinencia de las decisiones y siempre favorable a los niños, niñas y adolescentes, con lo cual de presentarse en la aplicación de una norma jurídica dos interpretaciones, debe acogerse la que resulte más beneficiosa al niño y rechazarse la odiosa o menos favorable.

El Defensor de Familia es la autoridad administrativa encargada de garantizar, proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sus funciones están consagradas en la Ley 1098 de 2006, artículo 82, y en su mayoría se desarrollan en el marco del denominado Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos.

3.3. Caso concreto.

El peticionario solicita respuesta a los siguientes interrogantes:

“Como padre colombiano, pregunto cómo el bienestar familiar garantiza los derechos de los padres masculinos dentro de nuestro país, sin violar el artículo número 1 de la declaración universal de los derechos humanos”.

“Pido a la doctora Ángela Patricia Miranda Rivera, director de gestión humana que por favor revise mi caso ya que mis derechos humanos están siendo vulnerados en especial el artículo número 1 de la declaración universal de derechos humanos, doctora me quieren separar de mi hija soy un hombre trabajador honrado y justo se lo digo bajo el grado de juramento no tengo antecedentes penales ni soy una persona mala ayúdeme a estar cerca de mi hija y el ICBF dice que solo por minutos dentro de una oficina no lo acepto porque viola el Artículo No. 1 de los Derechos Humanos”.

En atención a lo indicado por el peticionario y dado que al parecer se refiere a una actuación adelantada por una autoridad administrativa, por lo cual esta Oficina no tiene competencia para conocer y decidir sobre el restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con el marco normativo citado, se considera que si bien el

artículo 1 de la Declaración de Derechos Humanos consagra el derecho a la igualdad de todos los seres humanos, existen múltiples normas en el derecho internacional de los derechos humanos y en ordenamiento jurídico nacional, que facultan a las autoridades administrativas y judiciales a regular los derechos de los padres a la custodia y visitas respecto de sus hijos, cuando ello proceda para proteger a los niños, niñas y adolescentes de la inobservancia, amenaza o vulneración de sus derechos y en tal sentido se establecen procedimientos especiales en los cuales pueden hacerse parte los padres, ser escuchados, solicitar pruebas y en general ejercer su derecho al debido proceso.

En este sentido, se recomienda al peticionario acudir ante la autoridad competente que tiene el conocimiento del caso de su hija menor de edad, con el fin de que le sean informadas las razones por las cuales se adoptan las decisiones que se consideran violatorias de sus derechos como padre y hacerse parte dentro del mismo para ejercer sus derechos procesales en los términos establecidos en la Ley.

De esta comunicación se remitirá copia a la Dirección de Protección para que en el ámbito de sus funciones y competencias se adelanten las acciones y gestiones pertinentes a que haya lugar.

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 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)

* * *

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:

1a) Por maltrato del hijo.

2a) Por haber abandonado al hijo.

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

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

5ª) 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. Sentencia T-115 de 2014

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