



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 12 DE 2019

(febrero 5)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto con radicado SIMM' 1761389309.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículos 26 del Código Civil, <sic> Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

Puede la madre de un menor de edad, alegando que tiene asignada la custodia de su hijo prohibir mediante una declaración extra juicio que una IPS entregue al padre de éste, información de su historia clínica?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 2.1. La patria potestad; 2.2. la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes; 2.3. la reserva legal de las historias clínicas.

2.1. La patria potestad

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad “es un 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".

Así las cosas, podemos decir que 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 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, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (C.C. arts. 288 y 307).

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha indicado que se trata de una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

Ha señalado concretamente la Corte Constitucional en sentencia C-1003/07, con ponencia de la Honorable Magistrada Clara Inés Vargas Hernández que:

"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".

Enuncia también la alta Corporación en la misma sentencia, 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"

Igualmente, respecto a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad, en sentencia C-145/10, la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 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.

Con todo lo anterior podemos concluir en cuanto a la figura que se analiza, que los padres de común acuerdo, mediante la conciliación extrajudicial, no pueden terminar o suspender el ejercicio de la misma sobre su menor hijo, es decir, no pueden "suspenderla o perderla" para sustraerse a las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles para con sus

hijos; la pérdida o suspensión de la patria potestad, debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia.

En esta decisión, 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.

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, corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, o suspensión 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.

En este orden de ideas, se puede concluir que el fenómeno jurídico de la privación de la patria potestad se encuentra regulado en la ley, sus causales de terminación son taxativas y sus efectos jurídicos se refieren a las facultades de representación legal, administración y usufructo de bienes de los niños, niñas y adolescentes.

2.2. La Custodia y el cuidado personal

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos 7, 8, y 9 que los menores de edad tienen derecho desde su nacimiento, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor de edad.

De la misma manera, los tratados sobre derechos humanos se refieren al tema, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez (...) “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (....)

En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos, y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres, así como la obligación de velar por el bienestar de niños, niñas y adolescentes, cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. Igualmente, resalta que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño y finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Por su parte, el artículo 44 de la Constitución Política Colombiana señala que la custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Por tal razón en principio esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006, indica que la custodia y cuidado personal es un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales; la misma se traduce en el oficio mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

Así las cosas, tenemos que la custodia se refiere al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres.

Esta figura de la custodia y cuidado personal de los menores de edad, de conformidad con lo dispuesto por el Código de la infancia y la adolescencia, se encuentra dentro de los asuntos de naturaleza conciliable, es decir que pueden ser convenidos o acordados ante la autoridad administrativa, entre los padres de los niños, niñas y adolescentes en caso de ser necesario; por ello se entiende que en los eventos en los que se trate de hijos extramatrimoniales, el cuidado lo tendrá 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, la autoridad administrativa tendrá la facultad de confiar el cuidado de los hijos a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño, niña o adolescente.

2.3. La reserva legal de las historias clínicas

La Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de ética médica, en el artículo 34, determina: "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley".

Así mismo en su artículo 38, la mencionada norma en cuanto al secreto profesional dispone:

"Teniendo en cuenta los consejos que dicte la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer:

- a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga;
- b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
- c) A los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
- d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley;

e) A los interesados cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.”

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-264-96 del 13 de junio de 1996, teniendo como Magistrado Ponente al doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró condicionalmente exequible el literal c) de esta norma y señaló que la misma debe ser entendida, “sin perjuicio del derecho del menor, de acuerdo con su grado de madurez y del 'impacto del tratamiento' sobre su autonomía actual y futura, para decidir sobre la práctica de un determinado tratamiento y sobre la reserva de ciertos datos de su intimidad”.

A su turno, la Resolución 1995 de 1999 expedida por el Ministerio de Salud, define las historias clínicas como: “...un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.”

Respecto al acceso a las historias clínicas, el artículo 14 de la referida Resolución, indica que podrán tener la información contenida en ellas las siguientes personas, quienes deberán mantener la reserva legal:

- 1) El usuario.
- 2) El equipo de salud.
- 3) Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.
- 4) Las demás personas determinadas en la ley.

3. CONCLUSIONES

Primero. Los padres son los primeros responsables de los niños, niñas y adolescentes; ellos deben velar por su cuidado y desarrollo, así como por la satisfacción absoluta de sus derechos, los cuales tienen carácter prevalente en el orden constitucional y legal.

Segundo. La patria potestad es una institución jurídica de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, ya que 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.

Tercero. La custodia y cuidado personal hace referencia al cuidado de los niños, niñas y adolescentes que por ley les corresponde a los padres. Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, el cuidado lo 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 a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño, niña o adolescente.

Cuarto. De acuerdo con las normas vigentes, las historias clínicas son documentos reservados, de carácter privado que contienen las condiciones de salud del paciente, al que sólo podrán tener acceso quienes se encuentren autorizados para ello por la ley.

Quinto. De conformidad con la normatividad citada, los padres de los menores de edad, en su calidad de responsables de sus hijos, y sin importar que tengan asignada o no su custodia, podrán tener acceso a las historias clínicas de éstos, salvo que medie orden judicial que lo prohíba.

El presente concepto no resulta 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 con 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 institucionales, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

MÓNICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

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