



## INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 0000054 DE 2018

(Agosto 14)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

**ASUNTO:** Respuesta solicitud de concepto SIM 1761199168 de 28 de junio de 2018

Atendiendo al asunto de la referencia, radicada bajo el I-2018-056138, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

### I. CONSULTA

Se consulta sobre la procedencia de que los padres se nieguen a matricular a sus hijos en establecimientos educativos formales, para recibir educación en casa.

### II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifica el siguiente problema jurídico:

¿Puede una madre o padre de familia negarse a matricular a sus hijos o hijas en un establecimiento educativo de educación formal, con el fin de recibir educación en casa?

¿Cuáles son los parámetros para saber si se encuentra garantizado el derecho a la educación de las niños, niñas y adolescentes, desde esta modalidad de la educación en casa?

### III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a problema jurídico planteado, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 La patria potestad; 3.2 La Custodia y cuidado Personal: 3.3 La educación como derecho y como servicio público.

### **3.1. La patria potestad**

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 de edad, 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.

Finalmente, 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.

### **3.2. La Custodia y cuidado Personal**

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 sobre los Derechos del Niño lo establece en sus artículos 7 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.

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. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“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”.<sup>[1]</sup>

### **3.3. La educación como derecho y como servicio público**

El derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes tiene sustento constitucional en los artículos 44 y 67 de la Carta Política, que establecen su carácter fundamental, así como las condiciones mínimas en las cuales debe garantizarse.

Sobre el ingreso al Sistema de Educación formal, la Constitución Política establece en el artículo 67 que será obligatorio entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. En este sentido la Corte Constitucional, ha indicado el alcance del precepto:

Esta Corporación, en la mencionada sentencia, señaló en relación con el nivel de enseñanza que de conformidad con el artículo 67 Superior, la educación obligatoria “comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. Esta disposición constitucional se traduce en que si bien el Estado tiene la obligación de disponibilidad respecto de todas las etapas de la educación (preescolar, primaria, secundaria y superior), se prioriza la consecución de un mínimo: un año de preescolar y nueve de educación básica, correspondiendo esto último a cinco años de primaria y cuatro de secundaria”.<sup>[2]</sup>

La Ley 1098 de 2006 por su parte, estableció en el artículo 28 el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una educación de calidad y en el numeral 8 del artículo 39, la obligación de la familia de “asegurarles desde su nacimiento el acceso a la educación y proveer las condiciones y medios para su adecuado desarrollo, garantizando su continuidad y permanencia en el ciclo educativo”.

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental y prestacional como servicio público de la educación indicando, que, en este último, el servicio debe cumplir con cuatro dimensiones, adicional a la garantía de no limitación o restricción:

"(i) La asequibilidad o disponibilidad del servicio, que de manera general, se refiere a la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas para ponerlas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso a este sistema, lo que implica, entre otras cosas, el deber de abstenerse de impedir a los particulares fundar colegios, escuelas o cualquier tipo de centro educativo y la necesidad de asegurar inversión en infraestructura para la prestación de este servicio;

(ii) La adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice la continuidad en la prestación del servicio;

(iii) La aceptabilidad, la cual hace afusión a la necesidad de asegurar la calidad de la educación que se imparte:

(iv) Y, finalmente, la accesibilidad, que se refiere a la obligación del Estado de garantizar el ingreso de todos en condiciones de igualdad al sistema educativo y al deber de facilitar tanto como sea posible el acceso al servicio desde el punto de vista geográfico y económico.

(...) cualquier intento de restringir alguno de los anteriores criterios sin obedecer a una justa causa debidamente expuesta y probada, deriva en arbitrario y por ende, en estos casos el

afectado puede acudir a la acción de tutela y a los demás instrumentos jurídicos y administrativos para exigir el cese inmediato de la vulneración. Mucho más, evidentemente, cuando quiera que los afectados por tales medidas sean niños, caso en el cual adquiere una mayor importancia el evitar que su acceso al sistema educativo sea limitado por trabas, requisitos u obstáculos adicionales"<sup>[3]</sup>

En cuanto a la educación como servicio público, el artículo 3 de la Ley 115 de 1994 (modificado por la Ley 1650 de 2013), establece que el mismo "será prestado en las instituciones educativas del Estado. Igualmente, los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que para su creación y gestión establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional.

De la misma manera el servicio educativo podrá prestarse en instituciones educativas de carácter comunitario, solidarios cooperativo o sin ánimo de lucro.

Se reconoce la naturaleza prevalente del derecho a la educación sobre los derechos económicos de las instituciones educativas".

Por su parte el artículo 2 de dicha ley, indica que el servicio educativo, "...comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas caniculares, la educación por niveles y grados, la educación no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación".

La Educación como derecho y como servicio público, se estructura a partir del sector educativo, que de acuerdo con el Artículo 1.1.1.1 del Decreto 1075 de 2015, tiene como cabeza al Ministerio de Educación Nacional y se presta a través de instituciones educativas.

El artículo 9 de la Ley 715 de 2001, define a las instituciones educativas como el conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes. Deberán contar con licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial, disponer de la infraestructura administrativa, soportes pedagógicos, planta física y medios educativos adecuados. Las instituciones educativas combinarán los recursos para brindar una educación de calidad, la evaluación permanente el mejoramiento continuo del servicio educativo y los resultados del aprendizaje, en el marco de su Programa Educativo institucional. Las instituciones educativas estatales son departamentales, distritales o municipales".

El Decreto 1075 de 2015 Único del Sector Educación, no reglamenta la prestación del servicio de educación formal, y en la Parte 3 título 3 capítulo 3 sección 4 establece las condiciones para la validación de estudios de educación básica y media académica, indicando en el artículo 3.3.4.1.1 la procedencia de dicha validación "en los casos en que el estudiante pueda demostrar que ha logrado los conocimientos, habilidades y destrezas en cada una de las

áreas obligatorias y fundamentales establecidas para los grados de la educación básica y media académica”.

Por su parte el artículo 2.3.3.3.4.1.2, establece las situaciones académicas por las cuales procede la validación y el procedimiento.

Finalmente, la Subsección 3, artículos 2.3.3.3.4.3.1 a 2.3.3.3.4.3.4 regulan el procedimiento de validación del bachillerato en un solo examen, que aplica para los mayores de 18 años, ante el ICFES y siempre que se supere la evaluación sobre las áreas de lenguaje, matemáticas, ciencias naturales, sociales y humanidades e idioma extranjero, de acuerdo con los estándares básicos de competencias establecidos por el Ministerio de Educación Nacional.

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. 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. Corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, esto es, sólo puede ser ejercida por ellos, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional 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.

2. Por su parte, el derecho de custodia y cuidado personal derivado de la patria potestad, se encuentra consagrada en tratados internacionales, en la Constitución Política de Colombia, el Código Civil y el Código de Infancia y Adolescencia. Se refiere al cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, que por ley les corresponde a los padres de manera conjunta o en circunstancias especiales a uno de ellos, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña.

3. En ejercicio de la patria potestad y la custodia y cuidado, corresponde a los padres, decidir el modelo de crianza y educación de sus hijos e hijas, así como garantizar el derecho a la educación, que incluye escoger entre la diversa oferta educativa de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar que mejor satisfagan dicho derecho.

En tal virtud, el Estado debe garantizar las condiciones de accesibilidad a la educación formal para todos los niños, niñas y adolescentes, como mínimo en un grado de preescolar y 9 de educación básica, bajo los principios enunciados en el acápite 3.2, sin desestimar la oferta privada que también es reconocida por la Constitución.

Así, si bien la educación en casa o homescholling, no se encuentra regulado en nuestro País, la normativa vigente sí reconoce mecanismos para validar los conocimientos propios de la educación formal, motivo por el cual, ante modelos no tradicionales de educación brindados por la comunidad o la familia, estos pueden validarse por los estudiantes una vez cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 1075 de 2015 y con ello se habrá garantizado el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes. No obstante, esta es una materia que corresponde al Ministerio de Educación Nacional y a las entidades territoriales

certificadas, dentro de sus competencias, indicar o reconocer las condiciones mínimas para que dicha educación cumpla con estándares de calidad en el Estado Colombiano.

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 6 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

**LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Sentencia T-115 de 2014

2. Sentencia T-055 de 2017. En el mismo sentido las sentencias... <sic>

3. Sentencia T-1259 de 2008.

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