



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 95 DE 2017

(Agosto 18)

Bogotá, D.C.

Doctora XXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX@gmail.com

ASUNTO: Su consulta con radicado SIM. N 1760967593 de fecha 10 de agosto de 2017

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1775 de 2015, Ley 1098 de 2006 y el artículo 6o, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta en los términos que siguen.

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es posible solicitar la adjudicación de la patria potestad a favor de la madre, bajo la causal privación de la libertad por un período superior a un año, si el embarazo y nacimiento se presentó cuando el padre ya estaba privado de la libertad y condenado?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: 2.1.La patria potestad; 2.2.Causales de privación de la Patria Potestad; 2.3.El proceso de privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad;

2.1. 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 proscribido 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-1003/07^[1] 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 exclusivamente 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-145/10 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 entonces una institución jurídica creada 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 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).

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.

Así las cosas es claro que, los padres, de común acuerdo, mediante la conciliación extrajudicial, no pueden terminar o suspender el ejercicio de la patria potestad sobre su menor hijo, es decir, no pueden “suspenderla o perderla” para sustraerse a las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles frente a sus hijos. La pérdida o suspensión de la patria potestad, por ser ésta una institución jurídica constitucional y legalmente irrenunciable, intransferible, imprescriptible y temporal, debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente.

De otro lado, consideramos importante aclarar que en Colombia el concepto de Patria Potestad es diferente al de Custodia y Cuidado Personal de un niño niña o adolescente, toda vez que la Custodia y Cuidado Personal se traduce en el oficio mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente, facultad que corresponde de consuno a los padres legítimos, extra matrimoniales o adoptivos y se podrá extender a una tercera persona; la Patria Potestad por su parte, como arriba se citó, hace referencia al usufructo de los bienes, administración de esos bienes, y poder de representación judicial y extrajudicial del hijo, en cabeza de los padres y solo el juez de familia podrá disponer en un tercero.

2.2. Causales de Privación de la Patria Potestad

La patria potestad sobre un menor de edad podrá ser suspendida y terminada, respecto de alguno o de ambos padres cuando alguno o los dos fallecen o cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia; en esos casos, el juzgador puede dejar su ejercicio en el padre que continúa con vida o en el que no ha dado lugar a los hechos, o puede también designar un guardador al niño, niña o adolescente cuando ambos progenitores han fallecido o cuando ambos 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 del Código Civil, norma que se aplica por remisión expresa del artículo 310 ibídem, se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

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.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos.”

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 ejercerla 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.

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio”.

Los efectos de la terminación tienen carácter definitivo, siendo imposible su recuperación, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo; en cualquier caso, la suspensión o terminación de la patria potestad, no libera ni exonera a los padres de los deberes que tienen 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.

De otro lado, es de resaltar en relación con la aplicación de la causal de privación de la patria potestad por condena a pena privativa de la libertad superior a un año, que la misma no opera de manera objetiva y que será entonces el juez de familia, el que teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, decidirá la conveniencia para el menor de edad de la terminación o no, de la patria potestad que ejercen sus padres.

Sobre este particular se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-997 de 2004, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, al señalar:

"Nótese que la disposición acusada en manera alguna dispone la pérdida de la patria potestad de pleno derecho, puesto que no es por el solo hecho de la condena a pena privativa de la libertad superior a un año que termina la patria potestad de los padres. El texto normativo en cuestión se orienta a establecer uno de los motivos que pueden permitir a cualquier persona e incluso al juez de familia iniciar un proceso declarativo a fin de establecer si los padres que actúen como demandados brindan las condiciones éticas, morales, familiares y de convivencia para el pleno desarrollo del hijo menor que garantice plenamente la protección especial que éste requiere dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión.

Así, es el juez del proceso, en cada caso concreto, el que determina a la luz del principio del interés superior del menor si resulta benéfico o no para el hijo que la patria potestad que ejercen sus padres se dé por terminada, pero ello, se insiste no opera de manera objetiva dado que esa circunstancia haría injustificada la existencia de un proceso judicial con esa finalidad. De esta manera, corresponde al juez en cada caso adoptar la mejor decisión para los intereses del menor."

Una vez decretada la suspensión o privación de la patria potestad esta deberá estar inscrita en el Registro Civil de Nacimiento, del niño, niña o adolescente.

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.

2.3. Proceso de privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad

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 y el artículo 22 del Código general del Proceso, corresponde a los jueces de familia conocer de los procesos sobre pérdida, suspensión o rehabilitación de la patria potestad.

De acuerdo con lo dispuesto por el mismo artículo 315, cualquier consanguíneo del menor ya sea cualquiera de los padres, abuelo, tío, etc., están facultados para iniciar el Proceso de Suspensión o Pérdida de la Patria Potestad, de igual forma lo puede hacer el juez de oficio o el defensor de familia.

El Código General del Proceso en su artículo 22, al referirse a la competencia de los jueces de familia señala expresamente lo siguiente:

Artículo 22. Competencia de los jueces de familia en primera instancia.

Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos:

(...) 4. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos.

De la designación y remoción y determinación de la responsabilidad de guardadores.

De la misma manera en el artículo 28 ibídem, determina que:

“...En los procesos de alimentos, pérdida o suspensión de la patria potestad, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, custodias, cuidado personal y regulación de visitas, permisos para salir del país, medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos, en los que el niño, niña o adolescente sea demandante o demandado, la competencia corresponde en forma privativa al juez del domicilio o residencia de aquel.”

Al efecto dispone también el Código General del Proceso en su artículo 390, numeral 3, en cuanto a los asuntos que corresponden al trámite del proceso Verbal Sumario lo siguiente:

“Las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en este y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes.”

Así mismo, según lo dispuesto por el artículo 395 del Código General del Proceso:

"Cuando el juez haya de promover de oficio un proceso sobre privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad o remoción del guardador, dictará un auto en que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, de cuyo contenido dará traslado a la persona contra quien hay de seguirse el proceso, en la forma indicada en el artículo 91.

Quien formule demanda con uno de los propósitos señalados en el inciso anterior o para la privación de la administración de los bienes del hijo indicará el nombre de los parientes que deban ser oídos de acuerdo con el artículo 61 del Código Civil, los cuales deberán ser citados por aviso o mediante emplazamiento en la forma señalada en este código...”.

Una vez el juez dicte sentencia suspendiendo o privando al padre de ejercer la patria potestad sobre el menor de edad, no podrá ejercer ninguno de los derechos que por ley se le otorgaron por medio de la patria potestad, solo podrá ejercer esos derechos el otro padre. Si a ambos padres se les suspende la patria potestad, al niño, niña o adolescente, se le nombra un guardador hasta que cumpla la mayoría de edad.

3. Conclusiones

Primero. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley le entrega a los padres sobre sus hijos menores o incapaces, a partir de la cual estos tienen obligaciones de garantizar su crianza, educación y garantizar el buen manejo de sus bienes.

Segundo. La patria potestad se pierde por suspensión, terminación o emancipación legal.

Tercero. El hecho de que el padre o la madre, o ambos, no ejerzan la patria potestad, no implica que se liberan de su condición de tales y por tanto, del cumplimiento de sus deberes paterno filiales. En efecto, la pérdida o suspensión de la patria potestad se proyecta específicamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación.

Cuarto. La condena de uno de los padres o de ambos a pena privativa de la libertad por un período superior a un año, constituye una causal legal para que opere la suspensión o privación de la patria potestad sobre el hijo no emancipado; sin embargo, la sola existencia de la causal no opera automáticamente, será el juez de familia competente el que teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, decidirá la conveniencia para el menor de edad de la privación o no, de la patria potestad que ejercen sus padres, situación que será aplicable también en el evento en que el padre haya sido condenado antes del nacimiento del hijo.

Quinto. La suspensión de la patria potestad no implica la extinción de la misma respecto de ambos padres o de uno solo, ya que puede existir la rehabilitación cuando termina el motivo o causa que la originó; por el contrario, la terminación de la patria potestad tiene carácter definitivo.

Sexto. La suspensión o pérdida de la patria potestad debe ser declarada judicialmente y será el juez de familia el competente para conocer del mismo.

El presente concepto^[1] 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 el artículo 6o numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Corte Constitucional, Sentencia C-1003/07, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 (parcial) del artículo 315 del Código Civil, M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

[1] Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas a igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio." Corte Constitucional. Sentencia C -877 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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