

Barranquilla, Atlántico.

Señor(a),
USUARIO/A DE CONSULTORIO JURÍDICO.
E. S. M.

ASUNTO: Concepto jurídico sobre custodia, cuidados personales y patria potestad.

Cordial saludo,

El siguiente concepto jurídico dará respuesta a la solicitud presentada por usted ante el Consultorio Jurídico de la Universidad del Norte, con relación a la patria potestad, el proceso de privación de la patria potestad y la custodia. En concreto, sobre los siguientes interrogantes: 1) ¿en qué consiste la patria potestad?; 2) ¿en qué consiste el proceso de privación de la patria potestad?, y 3) ¿en qué se diferencia con la custodia?

Con base en los cuestionamientos descritos, se procede a darles respuesta en el mismo orden y con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

En primer lugar, la patria potestad en el derecho colombiano se encuentra regulada en el artículo 288 del Código Civil el cual determina que *“es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”*. Esto quiere decir que, su propósito es obtener el bienestar emocional y material de los menores que no estén emancipados, ya que por medio de ella se garantiza que los padres puedan cumplir a cabalidad sus deberes.

En concreto, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-997 de 2004 precisó que la función de esta figura jurídica es *“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)”*. Es decir, que la patria potestad ostenta dos dimensiones: i) una que recae sobre los derechos de representación y ii) otra que se encuentra relacionada a los bienes de los hijos.

Con el propósito de ampliar lo mencionado, los derechos que ostentan los padres como tenedores de la patria potestad de sus hijos son: i) el usufructo legal de los bienes del menor; ii) la administración del patrimonio del menor; iii) la representación del menor; iv) el derecho a otorgar o no la autorización para la salida del país del menor. La siguiente gráfica explica a qué se refiere cada uno de ellos:

Derechos	Alcance
Usufructo legal de los bienes.	Debe entenderse de conformidad con el artículo 823 del Código Civil como la facultad de gozar de una cosa <i>“con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible”</i> . En este punto, es preciso resaltar

	<p>que las cosas fungibles son aquellas que no pueden utilizarse sin que se destruyan.</p> <p>Asimismo, debe tenerse en cuenta que se excluye del usufructo de los bienes, en virtud del artículo 291 del Código Civil:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) El de los bienes adquiridos por el hijo como fruto de su trabajo o industria, los cuales forman su peculio profesional o industrial. Por ejemplo, cuando el menor trabaja en un comercial de televisión y se le paga por esa producción. 2) El de los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales bienes corresponda al hijo y no a los padres; si sólo uno de los padres fuere excluido, corresponderá el usufructo al otro. Por ejemplo, cuando la abuela fallecida del menor realiza un testamento y le deja una propiedad a su nombre, haciendo salvedad que los padres no podrán usufructuarlo. 3) El de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de sus padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro. Por ejemplo, cuando el abuelo del menor deshereda al padre de éste y al menor le corresponde ocupar su línea sucesoral. <p>Por último, este derecho dura hasta que el menor se emancipe. Así las cosas, la emancipación puede ser voluntaria, legal o judicial.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Será voluntaria cuando ambos padres declaren en escritura pública que así lo desean y el menor acepte dicha decisión. Asimismo, será imprescindible que el juez de conocimiento la autorice. 2) Por su parte será legal cuando se configure alguna de las causales que la ley establece, por ejemplo, la muerte real o presunta de los padres, el matrimonio del hijo, haber cumplido la mayoría de edad o por el decreto de la posesión de los bienes del padre desaparecido. 3) Y, será judicial cuando el juez lo declare por haberse probado que alguno de los padres incurrió en: abandono del hijo, depravación que le imposibilite continuar con la patria potestad, maltratos al menor, por haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor a un año y 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.
<p>Administración del patrimonio del menor.</p>	<p>Este implica que los padres deben velar por su conservación en un estado de provecho para el menor. Asimismo, que le garantice una calidad de vida alta. Es decir, se debe procurar que tenga un rendimiento elevado y en ninguna circunstancia puede utilizarse para uso exclusivo de los padres.</p>

Representación del menor.	Este derecho puede ejercerse de dos formas: <ol style="list-style-type: none"> 1) Representación judicial: En cualquier proceso sea ante juez o autoridad, siempre que el menor deba intervenir en calidad de titular de algún derecho o como responsable de deberes u obligaciones. Por ejemplo, la representación del menor en un proceso de sucesiones o acción de tutela. 2) Representación extrajudicial: En todos aquellos trámites que impliquen la creación de obligaciones de las cuales el menor sea titular o acreedor. Por ejemplo, en la firma de un contrato televisivo.
Autorizar o no la salida del país del menor.	Conlleva a que los padres deben otorgar expresamente su autorización para permitir la salida del menor del país, sea con éstos u otro adulto. No obstante, el artículo 110 de la Ley 1098 del 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) le otorga la facultad al Defensor de Familia para autorizar la salida del menor del país cuando: <ol style="list-style-type: none"> 1) Carezca de representante legal. 2) Se desconozca su paradero. 3) O no se encuentre en condiciones de otorgarlo y la solicitud de permiso podrá ser presentada por quien tenga el cuidado personal del niño, niña y adolescente, la cual debe reunir los siguientes requisitos: i) lugar de destino, ii) el propósito del viaje, iii) la fecha de salida y iv) fecha de ingreso de nuevo al país y decidirá sobre el permiso solicitado dentro de los 5 días, el permiso tendrá vigencia por sesenta días hábiles contados a partir de su ejecutoria.

Por otra parte, la Sentencia C-1003 de 2007, ha establecido que dentro de las características de la patria potestad se encuentran:

- 1) **Exclusividad:** Se aplica con el propósito de consagrarse como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.
- 2) **Obligatoria e irrenunciable:** La regla general es que ambos padres ostentan la patria potestad de sus hijos menores no emancipados, excepto en aquellos casos donde la pierden o se excluyen.
- 3) **Personal e intrasmisible:** Solo los padres pueden ejercerla, salvo que se determine algo diferente. De hecho, si a uno de los padres le es suspendida el otro deberá ejercerla en su totalidad.
- 4) **Indisponible:** No se puede atribuir, modificar, regular o extinguir conforme a la voluntad privada de las partes, sino cuando la ley lo autorice.
- 5) **Gratuita:** Es un deber de los padres y no se puede obtener un beneficio de ello. Incluso se considera como una labor gratuita.

Con base en lo expuesto hasta este punto, la patria potestad debe considerarse como un conjunto de derechos en cabeza de los padres respecto a los hijos menores no emancipados, que permite el cumplimiento de sus deberes en tal calidad. Así, permite que éstos ejerzan el usufructo de los bienes, la administración de éstos, la representación judicial y extrajudicial de los menores y la autorización para su salida del país.

En segundo lugar, la patria potestad puede suspenderse o retirarse. Según el artículo 310 del Código Civil se **suspenderá** por i) demencia del padre; ii) por estar en entredicho la administración de los bienes por parte de alguno de ellos y; iii) por la larga ausencia de uno de éstos. Dicho lo anterior, es claro que la patria potestad al ser una institución jurídica con arraigo constitucional y legal goza de mayor protección, por lo que su suspensión o pérdida debe ser decretada a través de una sentencia o pronunciamiento de la autoridad competencia judicial que resulte competente.

En cuanto al retiro o pérdida de la patria potestad, el artículo 315 del Código Civil establece que se da: i) por maltrato habitual del hijo; por haber abandonado al hijo; ii) por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad; iii) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año y; iv) 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. Es decir, tiene las mismas causales que se mencionaron respecto a la emancipación judicial puesto que, esa figura implica el fin de ella.

Ahora bien, la demanda para solicitar lo anterior puede ser presentada por cualquier consanguíneo del menor, sea el padre, la madre, los hermanos, los tíos, los abuelos, etc. Para todos los efectos, se debe resaltar que la pérdida o suspensión de la patria potestad implica la pérdida de los derechos como padre, más no los deberes que se desprenden de tal calidad, por lo que, el padre o la madre privado de la patria potestad seguirá siendo responsable por sus obligaciones.

En tercer lugar, es necesario distinguir esta figura de la custodia, dado que, ésta última es considerada como el acto por medio del cual los padres de manera conjunta asumen el cuidado personal del menor, el cual entre otras cosas implica la crianza, apoyo en la toma de decisiones, la formación de hábitos y demás afines. Específicamente, la Corte Constitucional en la Sentencia T-510 de 2003 considera que tiene como propósito *“asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad”*.

En consecuencia, es el hecho de tener al menor bajo su cuidado y protección, por lo que puede ser fijada a través de audiencia de conciliación en Comisarías de Familia, Centros de Conciliación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) o a través de un proceso judicial. Al respecto lo más recomendable dada la intervención de menores es que se realice ante el ICBF ya que ahí el defensor de Familia puede entrar a revisar y ordenar el restablecimiento de derechos del menor, dada su experticia en el área. En contraste, como fue mencionado la patria potestad no es de libre disposición por lo que únicamente puede ser suspendida o retirada a través de procesos judiciales.

De esta forma, esperamos haber atendido todas sus inquietudes de manera satisfactoria. Recuerde que estamos a toda su disposición para cualquier otro asunto, duda o circunstancia en la que requiera de nuestros servicios. Nuestro correo institucional es consultoriojuridico@uninorte.edu.co y nuestro teléfono 3509258.

Cordialmente,

MIEMBRO ACTIVO

Consultorio Jurídico de la Universidad del Norte