

# INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 58 DE 2017

(mayo 25)

10400/215390

Bogotá D.C.

Doctor;

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Solicitud de concepto de acuerdo ha radicado en el ICBF No. 215390 del 8 de mayo 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 1755 de 2015, y el artículo 6º, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

## 1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuándo en Colombia se ha planteado la cuestión de la custodia o tutela de un menor de edad de nacionalidad colombiana, así como la de otro país, las autoridades colombianas reconocen en esta materia alguna competencia a la autoridad diplomática o consular de ese país?

## 2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: (2.1) Derechos y Deberes de los padres para con los niños, niñas y adolescentes, (2.2) Custodia y cuidado personal y los derechos de los niños, niñas y adolescentes y (2.3) Ámbito de aplicación de la Ley 1098 de 2006.

### (2.1) Derechos y Deberes de los padres para con los niños, niñas y adolescentes

Los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad.

Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro. Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. No así la patria potestad es reservada a los padres.

El Código Civil Colombiano [1] establece que la patria potestad es el conjunto de derechos 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. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos.

Los derechos que comprende la patria potestad, se reducen a: (i) el usufructo de los bienes del hijo, (ii) a la administración de esos bienes, y (iii) a la de representación judicial y extrajudicial del hijo. Los derechos sobre la persona del hijo que derivan de la patria potestad se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo.

El Código Civil dispone que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de sus hijos (art. 253). Derechos que, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucran la obligación de mantenerlo o alimentarlo (Cód. Civil., art. 411); y de educarlo e instruirlo; es decir, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo (Cód. Civil., art. 262, modificado por el D. 2820/74, art. 21) la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del niño, niña o adolescente.

La institución jurídica de la patria potestad es de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal; así, los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen para con los hijos, a menos que la patria potestad sea restringida o interrumpida únicamente por decisión judicial cuando se presente una o varias de las causales establecidas legalmente.<sup>[2]</sup>

Ser padre y madre acarrea derechos y responsabilidades sobre sus hijos a fin de garantizarles su desarrollo integral tales como, una vivienda digna, manutención, vestuario y educación, que en forma proporcional se distribuyen entre la pareja para su cumplimiento, con destino a lograr un adecuado desarrollo, sostenimiento y educación de los hijos, en igualdad de condiciones, mientras dure su minoría de edad o en el evento de que exista algún impedimento que obstaculice a los menores de edad valerse por sí mismos.

En los casos en que no existiere acuerdo entre los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de estos derechos o en el caso en que uno de ellos no estuviere de acuerdo con la forma como el otro lleva la representación del hijo, se acudirá al juez o al funcionario que la ley designe para que dirima la controversia, de acuerdo con las normas procesales pertinentes.

## **(2.2) Custodia y cuidado personal**

La custodia se refiere al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso 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 (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña.

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 23 al referirse a la custodia y cuidado personal, la presenta como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Se traduce en el oficio o función 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.

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.

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos, 7, y 9 que (os menores 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.

Al respecto la Corte Constitucional <sup>[3]</sup> ha manifestado:

"Ante la circunstancia de la separación, el niño debe proseguir su vida viviendo con uno de sus padres, a quien le corresponde la custodia y cuidado personal, pero sin perder el contacto y los vínculos con el padre con el cual ya no va a convivir diariamente, a quien tiene el derecho a ver con frecuencia. Y es que la finalidad principal de la custodia y cuidado personal, como se precisa en la Sentencia T-557 de 2011, es "garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", pues la custodia y cuidado personal implican una' responsabilidad permanente en el tiempo para el padre que convive diariamente con el niño, mientras que la finalidad principal del régimen de visitas, como se advierte en la Sentencia T-500 de 1993, al aludir a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 1984, es "el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo".

La decisión sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda -y se debe fundar siempre-en el interés superior del niño. Cuando no hay acuerdo entre las partes, que en un acto generoso y responsable deciden pensar en lo mejor para su hijo, esta decisión es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial, "a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños". En estos procesos corresponde a las autoridades administrativas y judiciales "analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar

a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar".

Para realizar el juicio integrado de igualdad y constatar si en este caso se incurre o no en la diferencia de trato que apunta la demanda, es menester empezar por precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza. En el caso concreto, como acaba de verse, existe una evidente diferencia entre la custodia y cuidado personal y las visitas. Y existe porque, si bien ambas instituciones jurídicas guardan relación con los derechos del niño y, de manera especial, con el derecho fundamental de éste a tener una familia y a no ser separado de ella, la custodia y cuidado personal del niño es resultado de una decisión que se funda en el interés superior del niño. Si se decide sobre lo que es mejor para el niño, valga decir, sobre lo que resulta acorde a su interés superior, no es posible asumir, por sí y ante sí, como lo hace la demanda, que los supuestos de hecho de la custodia y cuidado personal y las visitas son iguales, o siquiera equiparables, para reclamar, a renglón seguido, la misma protección penal para ambas.

La protección a la niñez en el derecho interno, se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos 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 de sus hijas y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres y la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. De la misma manera 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.

### **(2.3) Ámbito de aplicación de la Ley 1098 de 2006**

Conforme lo dispone el artículo 4 de la Ley 1098 de 2006, las Autoridades Administrativas y Judiciales colombianas podrán adelantar procesos de Custodia y Cuidado personal de niños, niñas y adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en territorio nacional.

Dicha custodia y cuidado personal se podrá fijar por parte de las Autoridades Administrativas mediante una conciliación entre las partes,<sup>[4]</sup> o un proceso administrativo de restablecimiento de derechos y por una Autoridad Judicial mediante un proceso verbal sumario, ante el Juez de Familia.<sup>[5]</sup>

Ahora bien cuando si dentro del proceso de custodia y cuidado personal se requiera adelantar una diligencia en el extranjero,<sup>[6]</sup> la Autoridad Administrativa o Judicial podrá, en concordancia a los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia en materia de cooperación judicial, comisionar al agente diplomático o consular de Colombia en el país extranjero la práctica de la correspondiente diligencia. Entre las solicitudes a realizar está la notificación personal, que se podrá realizar mediante un exhorto <sup>[7]</sup> o la práctica de pruebas mediante una carta rogatoria.<sup>[8]</sup>

### **3. CONCLUSIÓN**

Así las cosas y teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas, se puede concluir lo siguiente:

**Primero:** La competencia atribuida a los agentes diplomáticos o consulares en los casos donde la autoridad Administrativa o el Juez de Familia defina la custodia y cuidado personal de un niño, niña o adolescente nacional o extranjero y una de las partes se encuentre en el extranjero, es para el trámite de diligencias como notificaciones o práctica de pruebas, las cuales se realizarán a través de los exhortos y las cartas rogatorias.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto<sup>[9]</sup> 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

**LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO**

Oficina Asesora Jurídica