

Capítulo 4

La potestad parental

Nociones generales

Patria Potestad, en el antiguo Derecho romano, era el conjunto de derechos que la ley le otorgaba a un individuo sobre otra persona, sobre sus bienes o patrimonio. En la actualidad, el concepto ha evolucionado, puesto que más allá de un derecho sobre la persona y sus bienes, la potestad es una responsabilidad que tienen los padres sobre sus hijos para criarlos y darles una formación adecuada que les permita el día de mañana ser ciudadanos de bien y fundar una buena familia. Desde el Derecho romano, la potestad ha estado clasificada según la persona que la ejerce. Así, se hablaba de potestad marital, cuando era ejercida por el marido sobre su esposa; patria potestad, cuando era ejercida sólo por el padre; y ahora, potestad parental, cuando es ejercida conjuntamente, tanto por el padre como por la madre, sobre sus hijos menores.

Por potestad parental se entiende, entonces, la autoridad ejercida por ambos progenitores sobre sus hijos menores, no emancipados. Es un derecho que les permite atender sus deberes frente a éstos, como es la crianza y educación, pero también afecta la parte material o económica, como es la obligación alimentaria y en cuanto les concede el usufructo sobre los bienes del hijo. El incumplimiento de estas

obligaciones está sancionado por el artículo 310 del CC, donde se establece la suspensión y el artículo 315 CC que sanciona la negligencia, incluso, con la pérdida de la potestad misma.

El artículo 14 del Código de la Infancia y Adolescencia -CIA-, complementa el concepto con el de la responsabilidad parental, aunque se puede decir que dicha responsabilidad resulta inherente al ejercicio de la potestad parental. Sin embargo, el aporte del Código de la Infancia y la Adolescencia -CIA- es que hace explícita la noción de responsabilidad y la califica como un “complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil”⁴¹.

La potestad parental y la satisfacción plena de los derechos fundamentales.

Vale la pena detenerse en la expresión que trae el artículo 14 CIA: *“esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.”* Este párrafo del artículo 14 CIA causa perplejidad entre quienes abordan su lectura, al punto que se ha llegado a interpretar como una seria limitación a la potestad parental, sometida ahora a la dominación absoluta de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, que reclaman sus derechos desde la más tierna infancia.

Conviene al respecto decir que, indudablemente los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes deben ser plenamente satisfechos y respetados. La nueva carta política, fundamentó el estado social de derecho en el respeto de la dignidad humana (Art. 1 CP),

41 Art. 14 CIA. La responsabilidad parental. “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado y acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso, el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.”

y dentro de la enunciación genérica para todos los ciudadanos de los derechos fundamentales, especificó en su artículo 44 CN los derechos fundamentales de los niños. Adicionalmente, la Carta Política de 1991 estableció una nueva manera de entender las relaciones familiares “basadas en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes” (Art. 42 CN).

Por esta razón, hay que tener en cuenta los derechos fundamentales de los niños que han sido reafirmados en tutelas por la Corte Constitucional, como son: a) El derecho a que la dignidad humana le sea respetada en todas sus dimensiones (Art. 1, Sentencia T-477/1995; MP Alejandro Martínez Caballero); b) el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, al analizar el caso de una hija separada de su madre interna pagando una pena en una cárcel, por decisión del padre. (Art. 44, Sentencia T408/95; MP Eduardo Cifuentes Muñoz; c) el derecho a la intimidad (Art. 15 Sentencia T-386/1994; MP Antonio Barrera Carbonell), siendo importante resaltar en este aspecto, la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de avalar a los padres para que puedan revisar los correos electrónicos de sus hijos y revisar sus cuentas de facebook, noticia publicada en el espectador 3 de agosto de 2015; Sentencia T-260/2012, MP Humberto Antonio Sierra Porto, donde se especifica el rol de los padres para promover y controlar el uso responsable y seguro del internet y las redes sociales digitales. d) el del libre desarrollo de la personalidad (Art. 16, Sentencia T-098/2011; MP Nilson Pinilla Pinilla; siendo importante el antecedente señalado en la sentencia SU 641/98 MP Carlos Gaviria Díaz), e) el respeto a la libertad de conciencia (Art. 18 CN) y garantizar la libertad de cultos (Art. 19, Sentencia T-493/10 del 16-06/2010, MP Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Es importante entender el nuevo paradigma en la formación y educación de los niños, niñas y adolescentes, que trajo consigo la Constitución de 1991:

“En el Estado social de derecho, introducido parcialmente por algunas reformas a la Constitución de 1886 y proclamado y consolidado en la Constitución de 1991, el sujeto adquiere un nuevo sentido que determina nuevos tipos de relación con el Estado. La actitud pasiva, en defensa de su libertad, es reemplazada por

una actitud dinámica y participativa. La intervención activa en los asuntos del gobierno por medio de los mecanismos de participación popular se acompaña de una nueva ética civil fundada en la solidaridad y el respeto de los derechos fundamentales.... Esta nueva concepción constitucional irradia también el ámbito social de la educación. Los sujetos que participan en el proceso educativo ya no se encuentran separados entre actores pasivos receptores de conocimiento y actores activos depositarios del saber. El principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la participación de la comunidad educativa, han hecho del estudiante un sujeto activo con deberes y derechos que toma parte en el proceso educativo.” (Corte Constitucional, SU 641/98, MP Gaviria Díaz)

Es decir, que el ejercicio de la potestad parental y la función que cumplen los establecimientos educativos en la formación de los niños, niñas y adolescentes es hoy totalmente opuesto al modelo educativo de los Siglos XIX y finales del XX. El sujeto del proceso educativo no es hoy un sujeto pasivo carente de iniciativas y ajeno a la toma de decisiones que le afectan su vida familiar y social. Es por el contrario un sujeto autónomo titular de derechos, comenzando por el de la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la educación, a la asociación y a la participación democrática en las decisiones que le atañen y le impactan. De esta manera, tanto la familia como los establecimientos educativos, tienen hoy la obligación de formar en los valores y en los usos sociales, debiendo la educación estar orientada a preparar a los futuros ciudadanos para participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, acatando la Constitución y las leyes (Art. 95 CN). De esta manera, a los niños, niñas y adolescentes desde la familia, se les debe inculcar los principios basados en la diversidad y la tolerancia; el valor de los hábitos higiénicos, ofrecerles una educación sexual, inculcarles que vayan bien presentados, pero no imponerles el uso obligatorio de un uniforme, o el corte del cabello a determinada altura o forma. El adorno corporal o el uso de accesorios, forma parte de su propia imagen y por consiguiente cada niño, niña o adolescente debe estar facultado para decidir de manera autónoma cómo presentarse ante los demás. (SU 641/98 MP. Gaviria Díaz)

Este nuevo enfoque de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde el seno de la misma familia, llevan a reflexionar sobre el contenido de la potestad parental, el que será abordado con un enfoque psico-jurídico, es decir, la reglamentación legal que rige la materia y la importancia de las competencias parentales en la crianza y formación de los hijos desde su nacimiento.

El contenido y alcances de la potestad parental

La potestad parental otorga a sus titulares, respecto de sus hijos y su patrimonio los siguientes atributos: a. La representación judicial y extrajudicial; b. el usufructo de los bienes del menor, esto es, su uso, goce; y c. la administración. Tanto el usufructo como la administración, recaen sobre aquellos bienes que hayan sido adquiridos a título gratuito, es decir, mediante donación, herencia legado; d. la corrección, orientación y ayuda para su educación y establecimiento.

A pesar de que la potestad estuvo concebida en su origen en la filiación legítima, estos derechos y obligaciones que están establecidos cobijan también a la descendencia extramatrimonial o extramarital y la adoptiva (Título XII del CC y Ley 75/1968, Art. 21; Ley 5/1975; Art. 50 Decreto 2820/1974).

La potestad se ejerce sobre aquel que tiene definida la calidad de hijo o hija y deja de existir cuando él o la adolescente cumplen los 18 años. De igual manera, el ejercicio corresponde a ambos padres, conjuntamente y de mutuo acuerdo. De ahí que se hubiera cambiado el nombre de patria potestad y ahora se habla de potestad parental.

En caso de desacuerdo entre los padres, se debe acudir a conciliar sus diferencias ante el Defensor de Familia o un Centro de Conciliación autorizado, y en caso de fracasar, acudir ante el juez de Familia para que decida quién de los dos tiene la razón. También se debe tener en cuenta que en caso de que alguno de los padres incumpla con sus obligaciones tanto personales como económicas y patrimoniales, se hará acreedor a que se le considere suspendido en el ejercicio de la patria potestad (Art. 310 CC), o en casos extremos, extinguido su derecho a ejercerla (Art. 315 CC) y por consiguiente, solo será ejercida

la potestad parental por el progenitor que haya cumplido a cabalidad con sus deberes.

a. Representación judicial y extrajudicial del hijo de familia:

Se considera que los padres son las personas más idóneas para cuidar del menor, tanto de su persona como de sus bienes, y por esto es la ley la que le confiere estos derechos y atribuciones. La titularidad de la potestad es por ley; por esta razón, y dado que se presume su idoneidad para ejercer tal cargo, no se exige ningún requisito adicional que el de ser padres y tampoco se requiere autorización ni discernimiento del juez.

Para acreditar tal representación basta demostrar la calidad de padres con el registro civil de nacimiento del hijo; en caso de que alguno de los padres esté fallecido, se debe acreditar esta circunstancia con el registro civil de defunción.

La Representación del hijo es consecuencia del ejercicio de la Potestad Parental y en un aspecto concreto, de la facultad de administración que tienen los padres sobre los bienes del hijo menor no emancipado. Esta representación puede ser extrajudicial y judicial.

La representación *extrajudicial* del hijo de familia es ejercida *conjuntamente* por el padre y la madre, al tenor del artículo 40, D. 2820/74 que modificó el artículo 307 del CC. En caso de desacuerdo entre los padres pese a intentarse la conciliación, se debe acudir al juez de familia para resolver el litigio, lo que dificulta en la práctica la realización de actos que pueden ser manifiestamente benéficos para el menor.

La representación *judicial* del hijo corresponde a cualquiera de los padres (Art. 306, modificado por el Art. 39 D. 2820/74). La ley establece que el hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de los padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código General del Proceso -CGP- para la designación de *Curador Ad Litem*.

En las acciones civiles contra el hijo de familia, deberá el actor dirigirse contra cualquiera de sus padres, para que lo represente en el litigio. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del

Código General del Proceso -CGP-, para la designación de un *Curador Ad Litem*.

El artículo 308 CC, modificado por el artículo 41 del D. 2820/74, dice que no será necesaria la intervención de los padres para proceder contra el hijo en caso de que exista contra éste una acción penal, pero aquellos serán obligados a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa. Si el hijo de familia tiene que iniciar un proceso contra uno de los padres, debe interponer la demanda por conducto del otro progenitor, sin que sea necesaria la autorización del juez; así como en estos casos, el progenitor que represente al hijo para proponer la respectiva demanda, debe ser quien preste el consentimiento informado para que al hijo se le apliquen las pruebas que sean necesarias para demostrar los hechos en que se fundamente la demanda. Tampoco será necesaria dicha autorización cuando en interés del hijo la acción sea interpuesta por el defensor de la familia (Art. 55-2 CGP). Si el hijo demanda a ambos padres, el juez le dará un curador para la *litis*, a petición del ministerio público, de uno de los parientes o de oficio. Cuando uno de los padres instaura acción contra el hijo, éste comparece representado por el otro padre que esté en ejercicio de la patria potestad; en caso de que éste no pudiere, el hijo pedirá al juez la designación de un *Curador Ad Litem*, si no estuviere bajo curaduría general (Art. 55-1 CPG).

El Defensor de Familia tiene competencia para promover los procesos judiciales encaminados a la provisión de la guarda general del menor que carezca de representante legal, así como para representarlos en las actuaciones judiciales o administrativas cuando carezca de representante legal o cuando éste se halle incapacitado o ausente para ejercerla (Art. 8211 y 12 CIA, Art. 55-1 CGP).

b. El usufructo de los bienes del hijo

El usufructo legal es el derecho que la ley concede a quienes ejercen la patria potestad, para hacer propios los frutos de los bienes de los hijos, sean legítimos, extramatrimoniales o adoptivos (Art. 291, 292, 295 y 296 CC, modificados por el D.2820/74).

Según la doctrina, el fundamento de esta institución radica en que los frutos deben dedicarse al sostenimiento y educación de los hijos. El

Código Civil otorgaba el usufructo legal únicamente al padre; a falta del padre lo tenía la madre, porque en este caso se le otorgaba también la patria potestad. El D. 2820/74 modificó el artículo 291 CC y estableció: “El padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes del hijo de familia”. Si llegare a faltar alguno de los padres, el otro gozará de la totalidad del usufructo. Los padres hacen suyos los frutos de todos los bienes del hijo que integran el peculio adventicio ordinario, esto es, lo bienes que adquieren los hijos por donación, herencia o legado.

Los padres no tendrán el usufructo de los bienes del hijo que provengan de su trabajo, ni los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando expresamente se diga por el testador que el usufructo corresponde al hijo y no a los padres, así como cuando los bienes hayan sido heredados por el hijo por indignidad o desheredamiento de uno de los padres.

Este derecho de usufructo difiere del derecho real que como tal recae sobre una cosa mueble o inmueble, de carácter singular, que debe constar en el registro de instrumentos públicos y privados si llegare a recaer sobre inmuebles. En cambio, el usufructo legal de los bienes del hijo de familia y del cual son titulares los padres se constituye sobre una universalidad de bienes, sin ninguna formalidad, ya que los padres toman de plano la posesión de los bienes para administrarlos y usufructuarlos. Es decir, se trata de un derecho universal, de disfrute, originado en la potestad parental y dependiente de ella.

El usufructo legal se extingue por las siguientes causas:

1. Por privación de la patria potestad, tanto por emancipación del hijo, como por suspensión y terminación de aquella.
2. Por resolución del derecho del constituyente en el caso del artículo 865 del CC, como cuando se ha constituido sobre una propiedad fiduciaria, y llega el caso de la restitución.
3. Por destrucción de la cosa.
4. Por confusión, como cuando los padres heredan, al fallecimiento del hijo, sus bienes.
5. Por sentencia judicial que declare a los padres responsables de dolo o culpa grave en la administración de los bienes del hijo (Art. 33, D.2820/74).

c. La administración legal

El artículo 29 del D. 2820/74 establece: “Por regla general corresponde a los padres la administración de los bienes del hijo sobre los cuales la ley les concede el usufructo”.

La administración la deben ejercer conjuntamente ambos padres, o uno sólo de ellos autorizado por el otro, y a falta de uno de los padres por muerte o por privación de la patria potestad, la ejercerá el otro.

Si bien los padres no están obligados a confeccionar un inventario solemne, al tenor del artículo 297, codificado por el artículo 31 del D. 2820/74, deben elaborar una descripción circunstanciada de tales bienes.

Los padres administran libremente los bienes del menor en dos casos: Cuando se trata de negocios de *mera administración* de bienes muebles e inmuebles; o cuando se trata de negocios jurídicos de *disposición* de bienes muebles. Los negocios de administración son aquellos que tienen por objeto la conservación de un derecho que recae sobre una cosa corporal o incorporal; o hacer el bien más productivo o recuperarlo, o evitar que se pierda o se extinga, como arrendar, colocar dinero a interés, cultivar un predio, explotar una empresa, etc.

Para proteger al menor, la ley restringe las facultades de administración de los padres cuando se trata de negocios de donación o de *disposición* que recaen sobre bienes inmuebles o sobre derechos herenciales (Arts. 303, 304, 484, 491, CC; y 1º, L. 67/1930).

Causales de extinción de la administración:

Según el artículo 299 modificado por el artículo 33 del D. 2820/74:

1. Cuando se extingue la patria potestad.
2. Cuando por sentencia judicial se declare a los padres que la ejercen responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de la administración de los bienes del hijo en patria potestad.

El numeral 2o. del artículo 33 agrega que, se presume la culpa cuando se disminuyen considerablemente los bienes o aumenta el pasivo sin causa justificada.

d. Obligaciones de crianza, educación y establecimiento

Al tenor del artículo 253 CC, “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. La potestad parental conlleva la obligación de criar, formar

y educar al menor para que el día de mañana sea un hombre de bien y así contribuya a engrandecer el ámbito social donde dicho ciudadano se va a desarrollar. Dentro de este concepto, cabe la custodia y el cuidado personal del menor, a la que hace relación el artículo 23 CIA.⁴²

La crianza del hijo empieza desde la concepción, ya que en Colombia el aborto es un delito, y conlleva los cuidados y alimentos necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La educación, noción extensiva al concepto de formación, se refiere a la instrucción que se les debe proporcionar a los hijos, no sólo desde el punto de vista de conocimientos intelectuales, sino también acerca de los principios morales, y los valores éticos que deben acompañar su comportamiento y sus actitudes frente a las responsabilidades que conlleva la vida en sociedad. Además, a la luz del Código de la Infancia y Adolescencia -CIA- y la L. 1620/2013 sobre Convivencia Escolar, la corresponsabilidad en la educación y formación de los niños, niñas y adolescentes de hoy, entre padres de familia, centros educativos y el Estado, exige una mayor integración en las funciones educativas y formativas, de tal manera, que todos trabajen como un equipo para alcanzar la meta de formar unos buenas personas y buenos ciudadanos educados bajo principios y valores cívicos, que sepan afrontar la responsabilidad de cuidar de sí mismos y de sus familias.

En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas competentes (Art.254 CC). En la elección de estas personas, se preferirá a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes legítimos. Para todas estas resoluciones, el juez procederá breve y sumariamente, oyendo a los parientes (Art.255 CC). Pero al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se les prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez estimare convenientes (Art. 256 CC). En cuanto a esta función de educar y

42 Art. 23.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.

formar hijos, el artículo 262 CC, modificado por el artículo 21 del D. 2820/74, dispone que los padre o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tiene el derecho de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente.

La facultad de corrección debe ser moderada, ya que si los padres maltratan habitualmente al hijo en términos de poner en peligro su vida o de causarle daño grave, hay lugar a la emancipación judicial del hijo (Art. 2151, modificado Art. 45 D.2820/74), concepto que fue reiterado por el artículo 14 CIA., ya transcrito, al disponer que “En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derecho”. El ejercicio de la potestad parental, guarda una estrecha relación con el derecho a la vida de buena calidad a que hace referencia el artículo 17 CIA y al derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 18 CIA.

Mediante Sentencia C-371 de 1994, la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, declaró exequibles las expresiones “sancionarlos moderadamente”, contenidas en el artículo 262 del CC, pero interpretó esta norma expresando que *“las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 12,42 y 44 de la Constitución Política”*.

De igual manera, los padres tienen el derecho de dirigir la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual “del modo que crean más conveniente para éstos; asimismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento” (C.C., Art. 264, modificado por el artículo 23 del D. 2820 de 1974). Este derecho lo pierden los padres por su mala conducta (Art. 265 CC) o cuando abandonan a sus hijos (Art. 266 CC). En cuanto al artículo 264 CC, merece comentar que le concedía al padre el poder elegir el estado o la profesión del hijo, atribución que desapareció con el Decreto 2820/74, al conceder únicamente a los padres el derecho a dirigir la educación y formación moral e intelectual de su hijo, pero sin poder ejercer coerción o presión sobre la búsqueda de su vocación profesional, por ser un aspecto muy importante en la realización personal del individuo.

En cuanto a las competencias y habilidades parentales en el cuidado personal del hijo, que no es otra cosa que el ejercicio de la patria potestad, bajo la perspectiva de la psicología jurídica, debe conllevar el uso de buenos tratos y fomentar el apego adecuado al compartir el tiempo libre con sus hijos e hijas. No se trata de estar presente físicamente en el hogar en forma permanente; lo importante es dedicarles tiempo cuando hay el reencuentro con los hijos; si es posible, prepararles los alimentos, aunque lo esencial es que se comparta en familia alguna de las comidas del día, de forma agradable, sin reproches ni reclamos, para hacer de este espacio un tiempo propicio para consolidar la relación.

El momento de las comidas evoca a la etapa de la primera infancia, donde el bebé se unía a su madre al recibir la leche materna como alimento. Si el padre y la madre logran tener una relación íntima y sincera con su hijo o hija, a través de compartir momentos de dedicación exclusiva para fomentar la relación, como es el dialogo en tiempos libres, las sesiones de estudio, los momentos de recreación, etc., se facilitará la labor de dar pautas de conductas adecuada y así se establecerá una relación fluida y natural. La interacción de los hijos con sus padres, permitirá que el ejemplo sea la mejor herramienta para inculcarles la disciplina, el orden, el respeto por la ley y la autoridad, la solidaridad con la familia y amigos, en fin, la capacidad de amar la vida y de dar amor a los demás.

El ejercicio de la potestad parental cuando se produce la ruptura de la pareja

Cuando sobreviene la nulidad del matrimonio, el divorcio o la ruptura de una unión marital de hecho, el principal impacto lo reciben los hijos habidos dentro de la relación. Como se verá más adelante en el capítulo dedicado al matrimonio y el divorcio, es fundamental regular la situación jurídica de los hijos.

Por regla general y salvo que se presente alguna de las causales de suspensión (Art. 310 CC) o de privación (Art. 315 CC) de la patria potestad, ambos progenitores están llamados a ejercerla en forma conjunta. La pauta general, hasta el momento, es que los hijos queden

bajo la tenencia y custodia de alguno de los progenitores, generalmente la madre por la edad de los hijos y el tiempo que les pueda dedicar a satisfacer sus necesidades básicas, concediéndosele al progenitor no custodio, el derecho a visitar a sus hijos en cuanto su tiempo libre se lo permita.

De esta manera, corresponderá a ambos padres ejercer en forma conjunta todas las responsabilidades y deberes que la patria potestad conlleva, esto es la representación del hijo judicial y extrajudicial, administrar sus bienes y usufructuarlos. También deberán ejercer en forma conjunta los deberes de la crianza, educación y establecimiento, hasta que pueda adquirir, por si mismo, los recursos económicos que le permitan sostenerse.

En cuanto a la figura de la custodia compartida, es posible afirmar que en la actualidad en Colombia los jueces de familia y las autoridades administrativas se encuentran otorgando la custodia compartida, si seguimos el concepto de la figura en el derecho anglosajón, origen de las investigaciones que permiten deducir las bondades de la custodia compartida. Y se otorga este tipo de custodia, cuando el régimen de visitas del padre no custodio alcanza o supera el 35% del tiempo libre de los menores. Es decir, que lo importante es que el progenitor que tenga asignada la custodia del hijo, sea quien tenga más tiempo para velar por su desarrollo y su formación escolar; pero a su vez, el progenitor no custodio, a través de un adecuado régimen de visitas, debe compartir con su hijo el tiempo libre que le permita su actividad laboral. No se trata de que el tiempo de visita o la custodia se delegue en exceso a los conductores, niñeras o a la familia cercana. Lo esencial es que los niños, niñas y adolescentes, tengan en su tiempo libre la proximidad y cercanía de sus progenitores.

El análisis anterior obedece a que se debe entender adecuadamente el concepto de la custodia compartida al convertirse en un tema de debate jurídico en las rupturas de pareja. Una de las causas es la literatura que sobre la figura nos llega desde España, porque el derecho español, apoyado en las investigaciones llevadas a cabo en los países anglosajones, propugnan por aplicar la figura dado el innegable vínculo de apego seguro que se genera hacia ambos progenitores y con la cual se logra mitigar los efectos de la ruptura. El compartir tiempo

son el hijo, evita que el padre se torne en un progenitor ausente, que pierda el interés por acompañar a su hijo en las distintas etapas por de su desarrollo cognitivo, afectivo y social.

Se debe advertir entonces, que en el ordenamiento jurídico anglosajón se denomina custodia legal a lo que en nuestro ordenamiento jurídico se define como potestad parental o patria potestad; y se denomina custodia física, a la figura de tenencia y cuidado personal del niño, niña o adolescente

Este es el concepto de la custodia compartida para el sistema anglosajón y se puede decir, que también es el régimen que en la actualidad suelen aplicar nuestros jueces y defensores de familia, cuando otorgan un amplio régimen de visita para el progenitor no custodio.

Características de la Potestad Parental

La potestad parental, por ser una relación que surge del vínculo paterno filial, tiene unas características especiales, que veremos a continuación:

1. De orden público, por cuanto los derechos y sus correspondientes deberes son dados por normas imperativas, comunes a todos, imposibles de desconocer por pactos privados.
2. Temporal, porque se ejerce sólo hasta la mayoría de edad del hijo, o antes, si judicialmente es suspendida o aquél se emancipa.
3. Irrenunciable, es decir, que ninguno de los padres puede ceder este derecho y, por consiguiente, sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones.
4. Imprescriptible, ya que siendo inherente al estado civil de hijo o de padres para dicha condición a la que es inherente la potestad, no obra para ella ninguna prescripción.
5. Intransferible, porque siendo irrenunciable, no es posible tampoco delegarse la potestad ni por acto entre vivos ni por causa de muerte.
6. Relativo, esto es, que no se trata de un derecho absoluto, ya que si de él se abusa, el juez puede ordenar la suspensión o la privación de la potestad.

Obligaciones de los hijos para con sus padres

Para que los padres puedan cumplir adecuadamente con sus obligaciones de criar, educar y establecer a sus hijos, y su vez, para retribuirles en la vejez el esfuerzo tanto moral como económico, hecho por sus progenitores, a los hijos les establecen a su vez dos obligaciones respecto de sus padres:

- a) El Art. 250 del C.C., modificado por el D. 2820/74, dice que: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”. Esta obligación sólo termina con la muerte del hijo o de los padres; y
- b) El hijo debe socorrer a sus padres siempre que lo necesiten. El Art. 251 del C.C., dice que: aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten sus auxilios”. El Art. 252 agrega que “tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes legítimos, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes”. Ahora bien, respecto de la obligación de respeto y obediencia a los padres, como se anotaba al precisar los alcances de la patria potestad a la luz de la Constitución de 1991, como se verá con mayor precisión al tratar el capítulo donde se profundizará sobre la legislación de los niños, niñas y adolescentes, debe tener como límites el interés superior del menor, y los artículos 42 y 44 de la Constitución Nacional.

Suspensión y pérdida de la potestad parental

La potestad parental es susceptible de suspensión, pero también se termina o extingue por la emancipación.

Suspensión de la potestad parental

La potestad parental se *suspende* respecto de ambos padres o de uno solo, sin que ello implique su extinción, debido a que puede existir rehabilitación cuando cesa el motivo o causa que la originó. El Art. 310

del C.C., modificado por el Art. 42 del D. 2820/74, establece las siguientes causas de suspensión de la patria potestad:

- a. La prolongada demencia de quien la ejerza. Hay que advertir que la ley no exige que haya sido decretada la interdicción por demencia, pero se hace de todas formas necesario probar que la demencia es permanente y no pasajera. Si la patria potestad se suspende respecto de un padre, la ejerce el otro, y a falta de ambos padres, el juez le designará al hijo un curador para que se encargue de la administración de sus bienes.
- b. Por hallarse el padre o la madre en entredicho de administrar sus propios bienes. Desde luego se requiere que exista declaración judicial de interdicción.
- c. Larga ausencia del padre o de la madre. La ausencia implica que el padre o la madre desaparezcan y se ignore su paradero, por lo que se perjudica el hijo.

El artículo 42 del D. 2820/74 contempla también la *pérdida* de la potestad parental en los siguientes términos: “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”.

La emancipación o pérdida de la Patria Potestad

El artículo 312 CC, dice que la emancipación “es un hecho que pone fin a la patria potestad”. Actualmente, la emancipación supone la pérdida de la patria potestad por parte de ambos padres, porque si es con respecto a uno de ellos, será una simple terminación. La emancipación puede ser voluntaria, legal o judicial.

Emancipación voluntaria

La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y éste consiente en ello. Teniendo en cuenta que hoy la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, es una figura inoperante, pese a que se encuentra vigente y no ha sido derogada.

Emancipación legal

Conforme al artículo 44 del D. 2820/74, la emancipación legal se efectúa:

1. Por la muerte real o presunta de los padres.
2. Por el matrimonio del hijo. Como la Ley 27 de 1977 estableció la mayoría de edad a los 18 años, todo matrimonio válido entre púberes menores de 18 años los emancipa. Existe discusión de si la unión marital de hecho también. Consideramos que sí, siempre y cuando esté formalmente reconocida a través de una escritura pública, un acta de un centro de conciliación o de una sentencia judicial. Aunque hay que tener en cuenta que la emancipación no implica que adquieran la plena capacidad, pues se sigue siendo incapaz hasta que llegue a los 18 años. Si se está emancipado siendo menor de edad, se requerirá de un guardador para actuar con plena capacidad negocial.
3. Por haber llegado el hijo a los 18 años.
4. Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido, sin que exista el otro para ejercerla.

Emancipación judicial

La emancipación judicial, al tenor del artículo 315 CC, modificado por el artículo 45 D. 2820/74, se efectúa, por sentencia judicial, cuando los padres que ejercen 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 para ejercer la patria potestad.
4. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

En estos casos podrá el Juez a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del defensor de familia y aún de oficio. El procedimiento para la emancipación judicial es el mismo que para la privación de la patria

potestad, por cuanto son dos figuras que se identifican, ya que el efecto de la emancipación es poner fin a la patria potestad, pero como el hijo continúa siendo incapaz, habrá que designársele un Curador Legítimo o Dativo.

Según lo dispuesto en el artículo 310 del CC, la suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes para con sus hijos, esto es, y a modo de ejemplo: deben continuar con la cuota alimentaria y ejerciendo el régimen de visitas según la causa de la privación, pero más como un derecho del niño o niña y un deber del padre.