



CONCEPTO ICBF No. 03

Fecha: 2021/03/23

ASUNTO: Su solicitud de concepto respecto a la intervención del Defensor de Familia en los procesos penales cuando los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de un delito, cumplen la mayoría de edad.

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 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se da respuesta, en los términos que siguen:

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿Está facultado el defensor de familia para representar a una víctima de un delito que cumplió la mayoría de edad en el transcurso del proceso penal?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1. Naturaleza de las defensorías de familia. 2.2. Las funciones de los Defensores de Familia en los procesos penales. 2.3 El carácter residual de la función del Defensor de Familia en la representación legal de los niños, las niñas o los adolescentes en actuaciones judiciales o administrativas. 2.4 Implicaciones jurídicas del cumplimiento de la mayoría de edad.

2.1 Naturaleza de las Defensorías de Familia

Las Defensorías de Familia son definidas por el art. [79](#) de la Ley 1098 de 2006 como dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de naturaleza interdisciplinaria por cuanto está integrada por profesionales de diferentes áreas que, como mínimo, deberán contar con un psicólogo, un trabajador social, un nutricionista y un abogado, quien será el Defensor de Familia.

La función principal de la Defensoría de Familia es prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, por lo cual, los conceptos que emitan tienen el carácter de dictamen pericial y servirán como material probatorio al Defensor de Familia en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos para definir la situación legal en el caso.

Las funciones establecidas en la Ley de Infancia y Adolescencia señalan que la atención a los niños, las niñas y los adolescentes, debe realizarse de manera integral como sujetos de derechos, no solo cuando estos estén vulnerados, sino también cuando se encuentren amenazados, todo en coordinación con los operadores jurídicos y las personas llamadas a protegerlos en corresponsabilidad con la familia, la sociedad y el Estado, atendiendo el espíritu constitucional que armoniza con las normas internacionales.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la ley otorgó una pluralidad de funciones a las Defensorías de Familia, todas encaminadas a la prevención, verificación y restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes en Colombia.

2.2 Las funciones de los Defensores de Familia en los procesos penales

La Ley 1098 de 2006 en los numerales 6,11,12,16 y 17 de su artículo 82 contempla las actuaciones del Defensor de Familia en materia penal, las cuales se concretan en lo siguiente:

“(…) 6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.

11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.

12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.

16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.

17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.”

Es claro que las funciones de los defensores de familia en los procesos penales se encuentran restringidas a la representación judicial de los niños, las niñas y los adolescentes donde se debaten sus derechos, los cuales tiene rango constitucional de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42 y 44.

2.3 El carácter residual de la función del Defensor de Familia en la representación legal de niños, niñas o adolescentes en actuaciones judiciales o administrativas.

Como arriba se citó, la función del Defensor de Familia en cuanto a la representación legal de los niños, niñas y adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, se encuentra contemplada en el numeral 12 del artículo [82](#) del Código de la Infancia y la Adolescencia. En esta norma se evidencia el carácter residual de dicha competencia, ya que se establece de manera expresa que la misma sólo podrá ser ejercida en tres casos: cuando los niños, niñas y adolescentes carezcan de representante, cuando este se encuentre ausente o incapacitado o sea el causante de la amenaza o vulneración de sus derechos.

Esa atribución fue estudiada por la Corte Suprema de Justicia que estableció lo siguiente: *"(...) Se entiende entonces que el rol del Defensor de Familia para estos específicos términos, esto es, la intervención en el proceso penal, es residual, de donde no puede actuar simultáneamente los representantes del menor, llámense padres o familiares, o el apoderado de víctimas, con el Defensor de Familia, toda vez que sería admitir la actuación de dos intervinientes especiales con idéntica pretensión, con las mismas facultades que la Ley [906](#) de 2004 les otorga y ejerciendo el mismo rol que debe ser asumido por uno solo de ellos, ya sea representantes legales directamente o a través de apoderado o por el Defensor de Familia, en orden a defender los derechos del menor víctima".*¹

Este carácter residual de la intervención del Defensor de Familia es también evidenciado en el capítulo de procedimientos especiales de la Ley 1098 de 2006,² cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas de delitos, en el cual se establece: *"Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito".*

En los mismos términos dispone en el artículo [195 lo siguiente](#): *"Facultades del Defensor de Familia en los procesos penales. En los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un niño, niña o adolescente, el Defensor de Familia podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes".*

Así las cosas, es claro que la función otorgada al defensor de familia para asistir a diligencias administrativas o judiciales en representación de los niños, las niñas o los adolescentes, es de carácter residual, es decir que solo podrá desplegarla en los casos en los que sus progenitores o representantes legales no se encuentren presentes o sean los causantes de la amenaza o vulneración de sus derechos.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 17 de octubre de 2012. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

² Ley 1098 de 2006 artículo 193 numeral 2

2.4. Implicaciones jurídicas del cumplimiento de la mayoría de edad

En Colombia, los menores de edad (salvo ciertas excepciones³) no gozan de capacidad legal y no pueden comparecer por sí solos a juicio; por ello su representación está a cargo de sus padres o de un tercero. En otras palabras, la tutela de la representación legal cesa cuando el menor de edad cumple su mayoría de edad, es decir cumple dieciocho (18) años⁴, pues adquiere capacidad legal de autodeterminación y ya no puede en principio, estar bajo la representación de sus padres o bajo custodia y representación de un tercero.

La Corte Constitucional ha reconocido la capacidad de ejercicio de manera general, así: *“...el término “ejercer” se refiere a la posibilidad de poner un derecho en práctica, de utilizarlo o simplemente de realizar los actos jurídicos que da opción. Puntualmente, la capacidad de goce o jurídica es la aptitud legal para adquirir derechos. Esta capacidad puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, ya que el titular de un derecho puede ser, según el caso, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otras palabras, hay sujetos que aunque tienen capacidad de goce, no tienen la capacidad de ejercicio, a éstos se les denomina incapaces. (...) Por otro lado, la capacidad de ejercicio es la “aptitud legal de una persona para ejercer por si misma los derechos que le competen y sin el ministerio o la autorización de otra”. Entonces, la capacidad de ejercicio habilita a la persona para ejercer directamente la titularidad de sus derechos, sin que medie una voluntad de un tercero o sin que se requiera la autorización de la ley para ello. En palabras más concretas, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene una persona para ejercer autónoma e independientemente sus derechos. Así pues, la capacidad jurídica, o sea, la capacidad para ser titular de derechos subjetivos patrimoniales, la tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar está supeditada a la existencia de esa voluntad.”⁵*

La capacidad legal consiste en la habilidad que la ley le reconoce a una persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Además, recordemos que se presume que toda persona es legalmente capaz⁶, excepto aquellas que la ley declara incapaces. El artículo [1504](#) del C.C.⁷ establece quienes son absoluta y relativamente incapaces, señalando:

“Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden

³ Excepciones a la incapacidad del menor adulto, entre las cuales pueden señalarse su habilidad para: i) otorgar testamento (art. 309 .C.C.); ii) contraer matrimonio (art [117](#) .C.C.); ii) reconocer un hijo natural o extramatrimonial (art. 213 del .C.C., modificado por la Ley 1060 de 2006, art. 242 del .C.C.); iii) puede celebrar capitulaciones matrimoniales; art 117 del C.C.C); iv) puede adquirir la posesión de bienes muebles e inmuebles (art. 784 .C.C., modificado por la Ley 1996 de 2019); v) puede dar su consentimiento para la adopción de un hijo suyo (art. 66 de la Ley 1098 de 2006)

⁴ La Ley 27 de 1977 ARTUCULO 1° “Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años. ARTÍCULO 2°. En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años.

⁵ Sentencia C-182/16; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

⁶ Artículo [1503](#) . C. C.

⁷ Artículo modificado por el artículo [57](#) de la Ley 1996 de 2019

tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

De las normas citadas se infiere que todas las personas por el hecho de ser mayores de edad tienen capacidad legal, por lo que pueden comparecer por sí mismos a un juicio. Así las cosas, cuando se trate de mayores de edad, no se requiere la intervención del defensor de familia en las actuaciones judiciales o administrativas en las que se encuentren involucrados, toda vez que al adquirir la mayoría de edad, la persona adquiere también la capacidad de ejercicio y puede defender directamente sus intereses con su abogado de confianza.

3. CONCLUSIONES Y RESPUESTA A LA CONSULTA

Primera: El Defensor de Familia ejerce la representación de **niños, niñas y/o adolescentes**, en actuaciones judiciales o administrativas, **únicamente** cuando sus progenitores o representantes legales no se encuentran presentes o hayan sido los causantes de la amenaza o vulneración de derechos.

Segunda: De conformidad con las normas analizadas, cuando el involucrado cumple su mayoría de edad, adquiere capacidad legal y ya no puede ser representado en ningún proceso por un defensor de familia para hacer valer sus derechos.

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 el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

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