



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 39 DE 2018

(Junio 26)

Bogotá, D.C.

MEMORANDO

PARA: **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto S-2018270928-0500 de 16 de mayo de 2018

Atendiendo al asunto de la referencia, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

I. CONSULTA

Se solicita que presente una solicitud de concepto ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre la procedencia de la designación de curador ad litem en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos por parte del Defensor de Familia, y en caso de que el ICBF no esté facultado para elegir dicha solicitud, se emita el concepto jurídico por esta Oficina Asesora Jurídica.

Se aclara que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tiene dentro de sus funciones: "Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo", motivo por el cual el ICBF no se encuentra facultado para

presentar consultas ante dicha Corporación, motivo por el cual se procede a emitir en concepto jurídico en los términos indicados anteriormente.

II. PROBLEMA JURÍDICO

De la consulta se identifican los siguientes problemas jurídicos:

¿Procede la designación de curador ad litem por parte del Defensor de Familia en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos?

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

3.1. El proceso administrativo de restablecimiento de derechos y su finalidad

El Código de la Infancia y la Adolescencia es el estatuto que regula de manera integral la atención, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En este se consagran normas de orden público, de carácter irrenunciable y de aplicación preferente que de acuerdo con su artículo 4o, se aplican a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

El capítulo IV del libro I del Código de la Infancia y la Adolescencia, regula el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el conjunto de actuaciones que la autoridad administrativa competente debe desarrollar para la restauración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que han sido vulnerados.

Dicho proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia y en él se incorporan las normas generales y superiores de respeto al debido proceso. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“En consonancia con lo anterior, es necesario señalar que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso constitucional, son aplicables al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto se debe observar el principio de legalidad, el juez natural o legal (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (que se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se tome) y al debido proceso sin dilaciones injustificadas. Adicionalmente, el proceso administrativo de restablecimiento de derechos debe cumplir con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad; imparcialidad y publicidad, que orientan las actuaciones administrativas en acatamiento del artículo 209 ibídem.

2.6.2. Entonces, el proceso de restablecimiento de derechos es definido como un trámite administrativo que debe ceñirse a los postulados constitucionales y legales que iluminan el derecho fundamental al debido proceso”.^[1]

El PARD se compone de etapas procesales bajo la dirección de la autoridad administrativa, quien tiene unos claros deberes y poderes de instrucción y decisión, los cuales se ejercen bajo los anteriores principios, especialmente el debido proceso de las partes involucradas, que pueden participar activamente en todas las etapas, solicitar pruebas, controvertirlas e interponer los recursos que la Ley ha determinado contra las decisiones adoptadas.

Como puede verse, el PARD, es un auténtico proceso garantista y respetuoso tanto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como de las demás partes, padres, familiares e intervinientes, y el Defensor de Familia es la autoridad competente llamada a materializar dichas garantías y de promover la lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en este.

Respecto de las autoridades competentes del restablecimiento, los artículos 96 a 98, establecen las reglas de competencia para conocer de los procesos administrativos, indicando que corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia, procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el Código.

Si bien, el Defensor de Familia es la autoridad de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, quien tiene a su cargo las funciones establecidas en el artículo 82, el Código de la Infancia y la Adolescencia, el artículo 98 estableció la denominada competencia subsidiaria en cabeza de los Comisarios de Familia, quien, en ausencia del Defensor de Familia, tendrá todas las funciones de éste salvo la declaratoria de adoptabilidad.

Estas reglas de conocimiento del PARD, buscan que todos los niños, niñas y adolescentes sin importar el lugar donde se encuentren, cuenten con una autoridad administrativa que restablezca sus derechos, y pueda conocer de primera mano su caso, por ello, la competencia se fija en primer lugar, de acuerdo con el lugar donde se encuentre el niño, y, en segundo lugar, garantizando que en todos los municipios del País exista una autoridad con esas características, esto es Defensor de Familia o Comisario de Familia de manera subsidiaria.

Los artículos 99 a 108, fijan las reglas del PARD, y especialmente el artículo 100, el trámite, estableciendo los términos, régimen probatorio, de nulidades, impedimentos y demás aspectos de naturaleza procesal. No obstante, y ante vacíos jurídicos, el parágrafo 6 consagra que deberá remitirse a lo reglamentado en la legislación procesal civil vigente.

Finalmente, la Ley 1878 de 2018, modificó parcialmente la Ley 1098 de 2006, y especialmente las normas procesales del PARD, así, consagró un único término para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, esto es, seis (6) meses contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de derechos, el cual es improrrogable y dentro del cual, la autoridad administrativa debe fallar respecto de la situación jurídica del niño, niña o adolescente.

En este término deben desarrollarse todas las actuaciones administrativas establecidas en la Ley para el restablecimiento, esto es, el auto que ordena la verificación de derechos, la verificación por parte del equipo interdisciplinario, los informes correspondientes, apertura del proceso, notificaciones, citaciones, pruebas, fallo y recursos.

Adicionalmente, la nueva Ley consagra un término de seis (6) meses para que la autoridad administrativa realice el seguimiento a la declaratoria de vulneración de derechos, el cual podrá prorrogar excepcionalmente y por resolución motivada por seis (6) meses más. Esta facultad de prórroga corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa, esté supeditada también a la perentoriedad de los términos en el Código y tiene igualmente ante su incumplimiento la consecuencia de la pérdida de competencia.

3.2. El curador ad litem en el Código General del Proceso

El Código General del Proceso consagra y regula la actividad de los auxiliares de la justicia, que de acuerdo con el artículo 47, son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Dentro de estos cargos se encuentran, los secuestres, partidores, liquidadores, síndicos, intérpretes y traductores, peritos y curadores ad litem. En el caso de estos últimos, su designación recae en abogados que ejerzan habitualmente la profesión, quienes desempeñarán el cargo en forma gratuita como defensor de oficio^[2]. El nombramiento es de forzosa aceptación, salvo que el designado acredite estar actuando en más de cinco (5) procesos como defensor de oficio.

El artículo 54 del CGP, establece que, por regla general, las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales.

Así dicho en dicho artículo y el 55, establecen respecto de la procedencia de la designación de curador ad litem, dos eventos (i) cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del hijo, o cuando hubiere varios guardadores de un mismo pupilo en desacuerdo, (ii) cuando un incapaz haya de comparecer a un proceso en que no deba intervenir el defensor de familia y carezca de representante legal por cualquier causa o tenga conflicto de intereses con este. En ambos eventos su designación corresponde al Juez, a petición de uno de padres, parientes, del Ministerio Público o de oficio y una vez surtido el emplazamiento.

Respecto de las funciones y facultades el artículo 56, indica que el curador ad litem actuará en el proceso hasta cuando concurra la persona a quien representa, o un representante de esta y estará facultado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, pero no puede recibir ni disponer del derecho en litigio.

Sobre la figura del curador ad litem, la Corte Constitucional ha manifestado:

“El curador ad litem, también llamado para el pleito, como se recordará, es un abogado titulado que actúa en un proceso determinado en representación de una persona que no puede o no quiere concurrir al mismo y cuya función termina cuando el representado decidiera acudir personalmente o mediante un representante. El curador ad litem esté autorizado para realizar todos los actos procesales que no estén reservados a la parte misma, así como designar apoderado judicial bajo su responsabilidad, sin embargo no se le permite recibir ni disponer del derecho en litigio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del C.P.C.

La institución del curador ad litem tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa".^[3]

Como puede verse, la designación de curador ad litem en los procesos judiciales, procede ante la carencia de representante legal de una persona incapaz o sujeta a patria potestad, o ante el desacuerdo o conflicto de interés, para que los represente judicialmente en los procesos en los cuales deban comparecer.

IV. CONCLUSIONES

1. El capítulo IV del libro I del Código de la Infancia y la Adolescencia, regula el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, como el conjunto de actuaciones que la autoridad administrativa competente debe desarrollar para la restauración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que han sido vulnerados.

El PARD se compone de etapas procesales bajo la dirección de la autoridad administrativa, quien tiene unos claros deberes y poderes de instrucción y decisión, los cuales se ejercen bajo el principio del debido proceso de las partes involucradas, que pueden participar activamente en todas las etapas, solicitar pruebas, controvertirlas e interponer los recursos que la Ley ha determinado contra las decisiones adoptadas.

Como puede verse, el PARD, es un auténtico proceso garantista y respetuoso tanto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como de las demás partes, padres, familiares e intervinientes, y el Defensor de Familia es la autoridad competente llamada a materializar dichas garantías y de promover la lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en este.

La designación de curador ad litem en los procesos judiciales, procede ante la carencia de representante legal de una persona incapaz o sujeta a patria potestad, o ante el desacuerdo o conflicto de interés, para que los represente judicialmente en los procesos en los cuales deban comparecer. Las reglas relativas a procedencia y funciones, se encuentran en los artículos 47, 54, 55 y 56 del Código General del Proceso.

3. La figura del curador ad litem no se encuentra consagrada en el trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y si bien el párrafo 6 del artículo 100 del Código de la Infancia y Adolescencia adicionado por el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018, establece que en todo caso y ante vacíos jurídicos, la autoridad administrativa se remitirá a lo reglamentado en la legislación procesal civil vigente, se considera que dada la naturaleza y finalidad del PARD, cual es, el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, quienes son sujetos titulares de derechos en dicho proceso y la autoridad administrativa tiene como función fundamental garantizar dicho restablecimiento en atención a su interés superior, la designación del curador ad litem en el PARD, no procede ante la no comparecencia de los padres o representantes legales de los niños, niñas y adolescentes, pues se insiste la estructura de dicho proceso no es contenciosa, en el cual se expongan intereses contrapuestos, pues el interés es uno solo, el restablecimiento de derechos, y

adicionalmente, no puede entenderse que ante la no comparecencia de los representantes legales, el sujeto titular se encuentre sin representación, pues el Defensor de Familia o Comisario de Familia en su defecto, es el garante de sus derechos.

De otra parte, es necesario recordar que el PARD tiene términos perentorios dentro de los cuales deben surtirse las actuaciones administrativas, ello con el objetivo de garantizar los derechos de los niños, a través de procedimientos ágiles, eficaces y respetuosos del debido proceso, los cuales adicionalmente deben interpretarse siempre en favor del interés superior de los sujetos de derechos.

Finalmente, es preciso indicar que 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 Unción 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 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Sentencia T-768 de 2013

2. En la Sentencia C-083 de 2014, la Corte Constitucional declaró exequible el trato diferente de los aradores ad litem respecto de los demás auxiliares de la justicia, en cuanto a la remuneración de su trabajo: “se trata de un trato diferente que se funda en un criterio objetivo y razonable, en tanto propende por un fin legítimo (asegurar el goce efectivo del acceso a la justicia), por un medio no prohibido y adecuado para alcanzarlo. Se reitera además que se trata de una carga que no es desproporcionada y que inspirada en el deber de solidaridad, permite que un grupo de personas que desempeñan una labor de dimensiones sociales (prestar servicios jurídicos), colaboren en la garantía efectiva del derecho de acceso a la Justicia en situaciones en que esta puede verse obstaculizada”.

3. Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 1994. En el mismo sentido la Sentencia T-299 de 2005

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