INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 48 DE 2019

(junio 11)

XXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud concepto remitido mediante correo electrónico del 2 de mayo de 2019.

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:

I. PROBLEMAS JURIDICOS

¿El artículo 97 del Código de Infancia y adolescencia, limita a presentar el divorcio en el lugar donde reside el menor, obviando la facultad que le asiste a los cónyuges para escoger el Notario del circulo ante quien desean presentar la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo, tal como lo indica el artículo 1 del Decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas:

2.1 Competencia territorial de la autoridad administrativa según el Código de la Infancia y la Adolescencia. 2.2 Competencia para el trámite de divorcio ante Notario.

2.1 Competencia territorial de la autoridad administrativa según el Código de la Infancia y la Adolescencia.

La Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia tiene por finalidad 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.

De conformidad con el artículo 5 de la citada ley, las normas sobre los niños, niñas y adolescentes contenidas, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de manera preferencial a las disposiciones contenidas en otras leyes.

Como herramienta para la efectiva protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se instituyó el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, el cual se desarrolla en tiempos determinados y se surte en etapas; proceso que es liderado por la autoridad administrativa competente llámese Defensor de Familia, Comisario o Inspector de policía según el lugar de residencia del menor de edad.[1]

Las autoridades administrativas encargadas de adelantar el mencionado proceso, lo hacen en desarrollo de lo establecido en la Ley 1098 de 2006, la cual en su artículo 97, en cuanto a la competencia, señala:

"Art. 97.- Competencia territorial. Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país, será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional.

Art. 98.- En los municipios donde no haya defensor de familia, las funciones que este código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía. (...)"

2.2 Competencia para el trámite de divorcio ante Notario

El decreto 4436 del 28 de noviembre de 2005 - "por el cual se reglamenta el artículo 34 de la Ley 962 de 2005[2] y se señalan los derechos notariales correspondientes", compilado por el Decreto 1069 de 2015[3], establece:

"Artículo 2.2.6.8.1. el divorcio ante notario, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. El divorcio del matrimonio civil, o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, por mutuo acuerdo de los cónyuges, podrán tramitarse ante el Notario del círculo que escojan los interesados y se formalizará mediante escritura pública."

"Artículo 2.2.6.8.3. intervención del defensor de familia, habiendo hijos menores de edad, el notario le notificará al defensor de familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al qué han llegado los cónyuges, en los términos del artículo anterior. El defensor de familia deberá emitir su concepto en los quince (15) días siguientes a la notificación, si en dicho plazo el defensor- de familia no ha allegado su concepto, el notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la escritura y le enviará una copia a costa de los interesados. Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del

perfeccionamiento de la Escritura Pública, y se devolverán los documentos de los interesados, bajo recibo."

Como se observa, el legislador al momento de establecer procedimientos para la racionalización de trámites, en los que se encuentran inmerso el divorcio ante notaría por mutuo acuerdo, respetó la competencia ya enmarcada en el Código de la infancia y la adolescencia, y pese a establecer libertad para escoger el notario que conozca de la separación de los cónyuges, ante el trámite necesario para garantizar que el acuerdo planteado frente a las obligaciones para con sus hijos este en el marco de la garantía de derechos sus derechos, confirmó que este debe ser revisado y avalado por el defensor de Familia, que conforme a la competencia territorial, se encuentre cercano al lugar de residencia de los menores de edad.

Siendo así, es necesario que el Notario que está conociendo del trámite de divorcio por mutuo acuerdo, remita el acuerdo a favor de los hijos habidos en el matrimonio, al defensor de familia del lugar de residencia de los niños.

III. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir:

Primera: En atención a lo establecido en el Decreto 1069 de 2015, los cónyuges pueden libremente escoger el notario ante quien deseen presentar su solicitud de divorcio o cesación de efectos civiles por mutuo acuerdo.

Segunda: No obstante, lo anterior, en aquellos casos en los que existan hijos menores de edad, habidos en el matrimonio, el acuerdo regulatorio de las obligaciones a cargo de los padres y a favor de éstos, debe ser remitido por el notario, al Defensor de Familia del lugar de residencia de los menores de edad, para que éste emita el respectivo concepto, de acuerdo a la competencia territorial establecida en el artículo 97 de la Ley 1098 de 2006.

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.

MONICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Código de la Infancia y la Adolescencia Artículo 96.- Autoridades competentes. 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 presente Código.

2. Ley 962 del 8 de julio de 2005. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

3. Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

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