



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 0000055 DE 2018

(Agosto 24)

MEMORANDO

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto con radicado No. 410721

Atendiendo al asunto de la referencia, radicada bajo el No. 410721 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. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cómo se hace la verificación de derechos de los NNA que se encuentran residenciados en el exterior, con permanencia igual o superior a un año, con miras a fijar la custodia y cuidado personal y, posteriormente conceder el permiso de salida del país?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente estudiaremos 2.1 El permiso de salida del país 2.2 Cuándo debe acudirse ante el Defensor de Familia? 2.3 Cuándo debe acudirse ante el Juez de Familia?; 2.4 La verificación de derechos; 2.5 El caso en concreto.

2.1. El permiso de salida del país

El permiso de salida del país es una facultad que la ley confiere a los representantes legales del menor de edad conjuntamente, es decir, que se requiere de la autorización de los dos padres, en el evento en que el niño, niña o adolescente pretenda salir con un tercero, o de uno de ellos si el otro no viaja, independientemente de cuál sea la razón para ello, y es en esencia el ejercicio de la representación legal en una figura derivada de la patria potestad.

Ante la imposibilidad de ubicación de uno de los padres o ante el desacuerdo para el otorgamiento del permiso de salir del país de un menor de edad, es necesaria la intervención de las autoridades competentes, esto es, el Defensor de Familia o el Juez de Familia.

Ahora bien, en artículo 110 de la Ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 9 de la Ley 1878 del 2018 prevé que:

Artículo 110. Permiso para salir del país. Cuando un niño, una niña o un adolescente que tiene residencia en Colombia vaya a salir del país con uno de los padres o con una persona distinta a los representantes legales deberá obtener previamente el permiso de aquel con quien no viajare o el de aquellos, debidamente autenticado ante notario o autoridad consular. Dicho permiso deberá contener el lugar de destino, el propósito del viaje y la fecha de salida e ingreso de nuevo al país.

No se requerirá autorización de los padres a quienes se les haya suspendido o privado de la patria potestad

Los menores de edad con residencia habitual en el exterior, igual o superior a un (1) año, y que vayan a salir del país con uno solo de sus progenitores, no requerirán autorización cuando decidan volver a aquella. Para efectos de la salida del país deberán aportar certificación de residencia en el exterior, expedido por el consulado competente o la inscripción consular y copia del documento en el cual se establezca la custodia en cabeza del progenitor con quien va a salir. La solicitud del trámite de custodia podrá presentarse ante la autoridad consular correspondiente, quienes remitirán a la autoridad competente en Colombia.

En los casos en los que el menor de edad con residencia habitual en el exterior, igual o superior a un (1) año vaya a salir del país con un tercero, deberá contar con el permiso de salida otorgado por el progenitor que ostente la custodia.

Para los menores de edad que tengan una residencia en otro país menor a un (1) año, deberán realizar el trámite establecido en el inciso primero de este artículo ...”

(Se subraya para destacar).

De acuerdo a la anterior normatividad, en aquellos casos donde un menor de edad que tenga residencia habitual en exterior vaya a salir del país, no requerirá de autorización siempre y cuando cuente con la certificación de residencia en el exterior expedida por el consulado competente y el documento que corresponda mediante el cual se acredite la custodia en cabeza del progenitor con quien saldrá del país.

Es importante señalar que dicha custodia puede ser otorgada a través de un acta de conciliación ante autoridad competente, esto es, defensores, comisarios, procuradores o centros de conciliación o autoridad judicial, o también a través de una decisión administrativa o sentencia judicial, previa a la salida del país donde reside el niño, niña o adolescente en el exterior.

2.2. ¿Cuándo debe acudir ante el Defensor de Familia?

Cuando uno de los padres se encuentra ausente y no puede manifestar su asentimiento, o no está en condiciones de hacerlo, o se desconoce su paradero, debe acudir ante el Defensor de Familia competente para que, luego de agotado el procedimiento previsto en el artículo 110 del Código de Infancia y Adolescencia, conceda el respectivo permiso.

En efecto, en artículo 110 de la ley 1098 de 2006 modificado por la Ley 1878 de 2018 prevé que:

“...Cuando un niño, niña o adolescente con residencia en Colombia, carezca de representante legal, se desconozca su paradero o no se encuentre en condiciones de otorgarlo, el permiso para la salida del país lo otorgará el Defensor de Familia con sujeción a las siguientes reglas:

1. Legitimación. La solicitud deberá ser formulada por quien tenga el cuidado personal del niño, niña o adolescente.

2. Requisitos de la solicitud. La solicitud deberá señalar los hechos en que se funda y el tiempo de permanencia del niño, niña o adolescente en el exterior. Con ella deberá acompañarse el registro civil de nacimiento y la prueba de los hechos alegados.

3. Trámite. Presentada la solicitud, el Defensor de Familia ordenará citar a los padres o al representante legal que no la hayan suscrito y oficiará a Migración Colombia si existe impedimento para salir del país del menor de edad.

Si dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación o al emplazamiento ninguno de los citados se opone, el funcionario practicará las pruebas que estime necesarias, si a ello hubiere lugar, y decidirá sobre el permiso solicitado.

En firme la resolución que concede el permiso, el Defensor de Familia remitirá copia de ella al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. El permiso tendrá vigencia por sesenta (60) días hábiles, contados a partir de su ejecutoria.

En caso de que oportunamente se presente oposición a la solicitud de permiso, el Defensor de Familia remitirá el expediente al Juez de Familia, y por medio de telegrama avisará a los interesados para que comparezcan al juzgado que corresponda por reparto.

Parágrafo 1o. El Defensor de Familia otorgará de plano permiso de salida del país: A los niños, las niñas o los adolescentes que ingresan al programa de víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación.

A los niños, las niñas o los adolescentes, desvinculados o testigos en procesos penales, cuando corre grave peligro su vida y su integridad personal.

A los niños, las niñas o los adolescentes, que van en misión deportiva, científica o cultural.

A los niños, las niñas o los adolescentes cuando requieren viajar por razones de tratamientos médicos de urgencia al exterior”.

2.3. Cuándo debe acudirse ante el Juez de Familia?

Se acude ante el Juez de Familia^[1] cuando existe disparidad de criterios entre quienes deben otorgar la autorización, es decir, cuando uno de los padres no concede el permiso.

Esta solicitud se tramita a través de un proceso verbal sumario, previsto en el artículo 390 del Código General del Proceso, y es ésta autoridad judicial quien definirá sobre la procedencia o no de otorgar el permiso de salida del país, de acuerdo a lo previsto en el artículo 44^[2] de la Constitución Política, teniendo en cuenta los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral.

2.4. La verificación de derechos en la Ley 1878 de 2018

El artículo 1 de la Ley 1878 de 2018, modificó el artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, relativo a la verificación de los derechos. Si bien la verificación de derechos continúa siendo una herramienta fundamental para que la autoridad administrativa de restablecimiento conozca el estado de garantía de derechos del niño, niña y adolescente y adopte las medidas a que haya lugar, la norma citada incluyó algunos cambios respecto de la forma y el contenido de dicha actuación, dentro de los cuales se encuentran:

- La verificación de la garantía de los derechos se ordena mediante auto de trámite por la autoridad administrativa, una vez se conozca de la presunta vulneración o amenaza de los derechos de un niño, niña y adolescente.
- El equipo interdisciplinario es el responsable de adelantar la verificación de derechos, en la cual se deben realizar las siguientes: (i) valoración inicial psicológica y emocional; (ii) valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación; (iii) valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos; (iv) verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento; (v) verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social (vi) Verificación a la vinculación al sistema educativo.
- Los profesionales del equipo técnico interdisciplinario deberán emitir los informes correspondientes de las actuaciones, con el fin de que la autoridad administrativa defina el trámite a seguir.
- Si en la verificación de derechos se determina que el asunto es conciliable, podrá adelantarse el trámite de conciliación de acuerdo con la Ley 640 de 2001 y en caso de que ella fracase, la autoridad podrá fijar mediante resolución motivada las obligaciones provisionales respecto a custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, presentará demanda ante el juez competente.

Como puede verse, se establece como responsables de la verificación de derechos al equipo técnico interdisciplinario, quien una vez emitido el auto que la ordena deberá proceder con las valoraciones y verificaciones indicadas en la norma y emitir los informes correspondientes, con el fin de que la autoridad administrativa pueda definir el trámite a seguir, esto es, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99, la activación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuando se trate de inobservancia de derechos, o la iniciación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos en caso de amenaza o vulneración de los mismos.

Es importante precisar que la nueva ley estableció un término para realizar la verificación de derechos, para lo cual se presentan dos eventos: (i) inmediato cuando el niño, niña o adolescente se encuentre ante la autoridad administrativa, o (ii) en el menor tiempo posible y a más tardar dentro de los 10 días siguientes al conocimiento de la presunta vulneración o amenaza por parte de la autoridad administrativa, cuando el menor de edad no se encuentre ante ésta.

Respecto del momento a partir del cual se empieza a contar el término en el segundo evento, esto es, el máximo de los 10 días, se debe indicar que la norma determina claramente que es desde el conocimiento de la presunta vulneración o amenaza por la autoridad administrativa, que de acuerdo con los artículos 51^[3] y 96^[4] de la Ley 1098 de 2006, es el Defensor o Comisario de Familia.

El término que empieza a contarse a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de derechos por la autoridad administrativa, es también relevante para los 6 meses iniciales del PARO, establecidos en el artículo 4 de la Ley 1878 de 2018 que modificó el artículo 100 y para el seguimiento de la declaratoria de vulneración de derechos, señalado en el artículo 4 que modificó el 103:

"En todo caso, la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá dentro de los tres (3) días siguientes el expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente en un término máximo de dos (2) meses.

(...)

"En los procesos donde se declare en situación de vulneración de derechos a los niños, niñas y adolescentes, la autoridad administrativa deberá hacer seguimiento por un término que no exceda seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo, término dentro del cual determinará si procede el cese del proceso cuando el niño, niña o adolescente este ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos, el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las

condiciones para garantizar sus derechos; o la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.

En los casos excepcionales que la autoridad administrativa considere que debe superarse el término de seguimiento, deberá prorrogarlo mediante resolución motivada por un término que no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir del vencimiento del término de seguimiento inicial la prórroga deberá notificarse por Estado.

En ningún caso el proceso administrativo de restablecimiento de derechos con el seguimiento podrá exceder los dieciocho (18) meses, contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa hasta la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro del niño, niña o adolescente a su medio familiar " (subrayado fuera de texto).

La Ley 1878 de 2018, 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.

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.

En atención a lo anterior, se observa que la nueva Ley establece igual que la versión original del Código, términos perentorios dentro de los cuales deben surtirse las actuaciones administrativas, ello con el objetivo de garantizar los derechos de los niños y su interés superior, a través de procedimientos ágiles, eficaces y respetuosos del debido proceso.

2.5. El caso en concreto

El consultante pregunta cómo debe proceder para la verificación de derechos en aquellos casos donde los menores de edad tienen su residencia habitual por más de un año en el exterior pero no cuentan con la custodia otorgada legalmente y la solicitan ante el Defensor de Familia.

Al respecto, debe señalarse que el trámite que se adelanta por la solicitud que hace una madre o padre de la custodia y cuidado personal cuando el niño, niña o adolescente que tiene su residencia habitual en el exterior por más de un año, ante la Autoridad Administrativa, es inicialmente agotar la audiencia de conciliación. En caso de no lograrse, deberá la parte interesada acudir ante el Juez de Familia que corresponda.

Ahora bien, el artículo 52 modificado por el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018, establece que en todos los casos en los que se ponga en conocimiento la presunta **vulneración o amenaza** de los derechos de un niño, niña y adolescente, la autoridad administrativa competente emitirá auto de trámite ordenando a su equipo técnico interdisciplinario la verificación de la garantía de los derechos.

Seguidamente, en el párrafo 3 se señala que, si dentro de la verificación de la garantía de derechos se determina que es un asunto susceptible de conciliación, se tramitará conforme la ley vigente en esta materia, esto es la Ley 640 de 2001.

Así las cosas, en el evento que fracase el intento conciliatorio, el funcionario mediante resolución motivada fijará las obligaciones provisionales respecto a custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, el funcionario presentará demanda ante el juez competente.

Es importante destacar que en aquellos casos en los que no se haya podido notificar al progenitor con quien se pretendía conciliar la custodia, el Defensor de Familia no podrá emitir Resolución y la parte interesada deberá acudir a la Jurisdicción de Familia.

Quiere decir lo anterior, sin lugar a equívocos, que la verificación de que trata el párrafo 3 del artículo 52 de la Ley 1098 de 2006 modificado por el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018, se adelanta cuando se ponga en conocimiento de la autoridad administrativa la presunta vulneración o amenaza, excluyendo la ley, aquellos asuntos que ingresan como simples solicitudes de conciliación, así como aquellos hechos que se ponen en conocimiento como inobservancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que en lo que tiene que ver con las solicitudes de custodia de niños, niñas y adolescentes residentes en el exterior, la Autoridad Administrativa no deberá verificar derechos a no ser que se le ponga en conocimiento alguna vulneración o amenaza, y deberá adelantar el trámite que corresponde citando a una audiencia de conciliación y en caso de fracasar o de inasistencia del citado que se encuentra debidamente notificado, mediante resolución motivada resolverá sobre la petición de manera provisional y en caso de oposición dentro de los 5 días siguientes, deberá presentar la correspondiente demanda ante el Juez de Familia.

En virtud de lo anterior, resulta necesario destacar en este punto que siendo la conciliación extrajudicial un requisito de procedibilidad, el mismo debe agotarse con el lleno de las formalidades legales que son propias de cualquier oportunidad procesal que pretenda llevar el asunto contencioso a un arreglo entre las partes, en términos de notificación a las partes, libre formación del ánimo conciliador entre las partes o vertimiento de los acuerdos en acta de conciliación, para que dicho documento tenga la vocación de prestar mérito ejecutivo o en caso contrario, una constancia de no conciliación. Todo lo anterior teniendo en consideración lo establecido en los artículos 52, 100 y 111, de la Ley 1098 de 2006, en lo que corresponda.

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 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 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. Artículo 21, numeral 6. De los permisos a menores de edad para salir del país, cuando haya desacuerdo al respecto entre sus representantes legales o entre estos y quienes detenten la custodia y cuidado personal.

2. Constitución Política. Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asumir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

3. OBLIGACION DEL RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, las inspecciones de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que garantice su vinculación a los servicios sociales.

4. 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.

El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

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