



CONCEPTO 88 DE 2016

(agosto 9)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400/369294

Bogotá D.C.

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia

Centro Zonal Tuluá

Regional ICBF Valle

ASUNTO: Solicitud de concepto radicado bajo el No. 369294 del 2 de agosto de 2016.

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:

1. PROBLEMA JURIDICO

¿Pueden los abuelos de un niño que carece de representantes legales y que se encuentra bajo su cuidado, presentar solicitud de adopción, independientemente que se tramite un proceso de guarda a favor de su nieto?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: (2.1) El proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos; (2.2) Los términos que tiene el Defensor de Familia para resolver el trámite administrativo de Restablecimiento de Derechos; (2.3) Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el término que tiene el Defensor de Familia para resolver el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, (2.4) La figura jurídica de la Adopción y (2.5) Las curadurías para los niños, niñas o adolescentes que no están sometidos a patria potestad

(2.1) El proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

Iniciamos éste estudio precisando que el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley de Infancia y Adolescencia, es la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados. Es responsabilidad del Estado, a través de sus autoridades, informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, ante los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad.

En ejercicio del restablecimiento, las autoridades deberán surtir una serie de procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y se procederá a tomar las medidas pertinentes (arts. 51, 52. 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

Por su parte, el Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es el conjunto de actuaciones administrativas y judiciales que la autoridad administrativa debe desarrollar para la restauración de los derechos de los menores de edad que han sido vulnerados.

En efecto, 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. Este proceso especial, incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la Ley, restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

(2.2) Los términos para resolver el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

El artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece en su parágrafo 2o que la actuación administrativa a favor de un niño, niña o adolescente deberá resolverse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o de la apertura oficiosa de la investigación[1] y que el recurso de reposición que se presente contra el respectivo fallo deberá ser resuelto dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término para interponerlo.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin que se haya emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa pierde la competencia para seguir conociendo del asunto y debe remitir inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente, deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

Excepcionalmente y por solicitud razonada del Defensor o Comisario de Familia, el Director Regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos (2) meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga.

Es así como el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 establece inequívocamente que existe solo un término para contabilizar los cuatro meses establecidos en la Ley, esto es, desde la presentación de la solicitud, si es a petición de parte o desde la apertura oficiosa de la investigación.

Debe resaltarse que la ley no dio excepciones de ningún tipo atendiendo al principio normativo esencial de eficiencia y utilidad para garantizar a cabalidad la protección integral de los intereses y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

(2.3) Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el término que tiene el Defensor de Familia para resolver el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

Sobre éste asunto, la Corte Constitucional[2] ha dicho que:

"La actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Agrega que 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 inmediatamente el expediente a Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo.

Según lo dispuesto en el Art. 29 superior, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y una de sus características es que no tenga dilaciones injustificadas.

Por otra parte, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección especial que debe dispensarles el Estado, además de la familia y la sociedad, exige celeridad, oportunidad y eficacia en el desarrollo de las actuaciones estatales y la adopción de las decisiones correspondientes. Por ello es razonable que la expresión demandada señale los términos mencionados para resolver tanto la actuación administrativa como el recurso de reposición que procede contra dicha resolución.

En el mismo sentido, también es razonable que si el funcionario administrativo competente incumple esos términos, el legislador disponga un mecanismo sustitutivo que permita resolver la solicitud formulada, la investigación oficiosa o el recurso de reposición en las citadas condiciones de celeridad, oportunidad y eficacia, y para tal efecto su asignación a la jurisdicción especializada es claramente adecuada. Ante ella, como está contemplado en las normas procedimentales respectivas, los interesados podrán hacer valer sus derechos y ejercer el derecho de defensa.

Por consiguiente, dicha expresión no vulnera el derecho de defensa consagrado en el Art. 29 de la Constitución y será declarada exequible, por el cargo planteado".

(2.4) La figura jurídica de la adopción

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que la adopción debe tener como principio orientador el interés superior de los niños, niñas y adolescentes[3] dado su carácter primordial de medida de protección. Esta institución busca entonces la garantía del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, en la que se le proporcione un ambiente de amor y cuidado para su desarrollo integral y armónico.

El Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 61 contempla que la adopción "(...) es, principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera Irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza".

En efecto, la adopción es una institución jurídica que bajo la suprema vigilancia del Estado tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se encuentran en situación de abandono, un hogar estable en donde puedan desarrollarse armónica e integralmente, y puedan establecer una verdadera familia con todos los derechos y deberes que ello comporta, así como ser asistidos y educados en un ambiente de bienestar y afecto.

Los artículos 61 a 78, 107, 108 y 123 a 127 del Código de la infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006 -, regulan la institución jurídica de la adopción; acorde con estas disposiciones no existe el derecho a adoptar, si no el derecho fundamental del niño, niña o adolescente a tener una familia.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la adopción por su carácter proteccionista, tiene como fin último garantizar los derechos de los niños que de acuerdo al contenido constitucional son prevalentes - artículo 44, Constitución Política asegurando siempre su interés superior.

Es evidente entonces, que la adopción es un mecanismo que materializa el derecho de los niños a tener una familia y por lo tanto, los requisitos exigidos para adoptar están

encaminados a garantizar su interés superior como sujetos de especial protección constitucional. En tal sentido, los niños tienen derecho a un desarrollo tanto físico como moral adecuados, que debe ser facilitado bien sea por los padres biológicos o por los adoptantes.

De esta forma, aunque con la adopción surge parentesco civil y se ejercen algunos derechos fundamentales de los "nuevos" padres, su principal fin y objetivo es la protección prevalente de los derechos de los niños, ordenada en el artículo 44 de la Constitución Política. Esto ha llevado a la Corte Constitucional Colombiana a concluir que "dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las normas aplicables.[4]

(2.5) Las curadurías para los niños, niñas o adolescentes que no están sometidos a patria potestad

Las tutelas y curadurías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 del Código Civil, son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de sus padres; la curaduría se caracteriza porque confiere al guardador la representación del prohijado, así como la administración del patrimonio y el cuidado de éste.

En efecto, cuando una persona (con discapacidad mental o menor de edad) no puede administrar por sí misma sus bienes, corresponde en principio a la familia prodigar dicha administración, generándose excepcionalmente para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en situación de debilidad manifiesta.

Es por esta razón que a través de las curadurías o cúratelas consagradas en nuestro Código Civil, el Estado brinda un mecanismo de protección a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o cónyuge, que pueda darles la protección debida.

El ordenamiento legal ha diseñado a través de las guardas y concretamente a través de la curatela, un instrumento jurídico que busca proteger los intereses económicos y personales de sujetos que padecen graves discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales como la demencia, así como a los menores de edad, confiándole a las personas que el juez considere

idóneas la administración de sus bienes, generalmente dentro de su núcleo familiar (cúratela legítima).

El artículo 53 de la ley 1306 de 2009, estableció que:

“La medida de protección de los impúberes no sometidos a patria potestad será una curaduría. La designación del curador, los requisitos de ejercicio de cargo y las facultades de acción serán las mismas que para los curadores de la persona con discapacidad mental absoluta.

En la guarda personal de los impúberes, los curadores se ceñirán a las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia y las normas que lo reglamenten, adicionen o sustituyan.

PARÁGRAFO. Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3o del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto.

Con todo, la edad mínima para contraer matrimonio se mantiene en 14 años, tanto para los varones como para las mujeres

Ahora, a falta de guarda legítima o testamentaria, encontramos la guarda dativa, que consiste según el artículo 69. *Ibidem* en que:

"A falta de otra guarda, tiene lugar la dativa.

La guarda dativa podrá recaer en las personas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Código de la Infancia y la Adolescencia y las normas que lo complementen, modifiquen o adicionen, han cuidado del menor o persona con discapacidad u otros miembros de grupo generado por solidaridad familiar e incluso los parientes afines que estén calificados para el ejercicio de la guarda.

El Juez designará el guardador principal y los suplentes que estime necesarios, conforme a las reglas de designación de auxiliares de la justicia y oyendo a los parientes del pupilo si es del caso.

La designación hecha por el Juez podrá ser impugnada por cualquiera de los parientes que, de acuerdo con esta ley, tengan el deber de promover los procesos de interdicción de personas con discapacidad mental absoluta.

Los curadores especiales siempre son dativos.

Igualmente, existe la posibilidad de solicitar al juez de familia que corresponda la designación de un curador especial de bienes a favor del niño, niña o adolescente que lo requiera, tal y como lo prevé el artículo 61 de la citada ley que reza: Se da curador especial cuando se deba adelantar un asunto judicial o extrajudicial determinado y el interesado o afectado no pueda o no quiera comparecer o su representante legal se encuentre impedido de hacerlo.

3. CONCLUSIONES

Primera: Corresponde al Defensor de Familia, definir la situación jurídica de un niño, niña o adolescente dentro de los términos previstos en la Ley 1098 de 2006, profiriendo la medida de restablecimiento de derechos que sea más conveniente para el menor de edad que tiene sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados sin referentes familiares.

Segunda: El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico nacional para que las autoridades responsables, gestionen oportunamente las acciones que garanticen la protección y el restablecimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes y por ende, su seguimiento permanente, que dé lugar a su ejecución y cumplimiento.

Tercera: Para el caso en concreto es pertinente indicar que los abuelos paternos del niño, pueden adicional al proceso de guarda presentar su solicitud de adopción ante la autoridad competente, y es muy prematuro afirmar si los mismos son o no son idóneos para adoptar su nieto, eso solo se determinara una vez se adelante el proceso correspondiente de acuerdo a lo establecido en la Ley y en el lineamiento técnico de adopción expedido para tal fin.

El presente concepto[5] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido 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 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Ley 1098 de 2006

2. Sentencia C - 228 de 2008

3. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículos 3.1, 20 y 21

4. Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 2009

5. "Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un

conjunto administrativo la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia eficiencia e imparcialidad (...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio "Corte Constitucional Sentencia C - 877 de 2000 M P Antonio Barrera Carbonell.

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