



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 90 DE 2017

(Agosto 8)

Bogotá, D. C.

Señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Carrera 13 No. 20-64

Zipaquirá

Asunto: Respuesta solicitud de concepto - radicado No. E-2017-311491-0101

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos, advirtiendo que esta Oficina Jurídica no puede hacer pronunciamientos sobre casos que se encuentren bajo el conocimiento de las autoridades competentes:

I. SOBRE LA SOLICITUD

Se solicita concepto sobre el alcance la figura “depósito de menores” y los derechos de los hijos de crianza.

II. ANÁLISIS JURÍDICO Y CONCLUSIONES

Con base en la solicitud se desarrollará la figura del “depósito de menores” y el reconocimiento de la familia de crianza y sus derechos.

2.1. La figura del “depósito de menores” de edad.

La Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño, derogada por el Código del Menor, establecía un capítulo al procedimiento para el caso de menores de edad abandonados o en peligro. En dicho capítulo, se regulaba un procedimiento verbal y expedito que estaba a cargo del Juez de Menores a quien correspondía investigar por denuncia o de oficio, los casos en los que un "menor" se encontrara moral o físicamente abandonado o en peligro y adoptar mediante sentencia una serie de decisiones,^[1] consistentes:

1. En una prevención a los padres o a las personas de quienes el menor dependa, a fin de que cumplan para con éste con los deberes de educación, de asistencia, de alimentación y vigilancia.

2. En una multa de \$ 1 hasta de \$ 100, convertible en arresto, a razón de un día por cada peso, impuesta a las mismas personas por incumplimiento de sus deberes.

3. En la pérdida de la patria potestad, de la guarda o cuidado personal del menor, caso en el cual el Juez podrá:

a) Depositar al menor en poder de personas bondadosas para con el menor, de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica: (Subrayado fuera de texto)

b) Internar al menor en un establecimiento de protección infantil, público o privado, o en una escuela-hogar pública o privada, o en una escuela de trabajo pública o privada.

Respecto del denominado "depósito de menores" los artículos 53 y 54 señalaban el alcance y contenido de la orden:

"Artículo 53. Siempre que sean depositados menores en poder de personas o entidades que no tengan la guarda legal del menor, se extenderá una diligencia en la que se preceptúen las obligaciones especiales contraídas por el depositario, entre las cuales deberá figurar la de informar cada tres meses sobre, el estado del menor y sobre el cambio de residencia; la de suministrar una educación adecuada; la de proporcionar alimentos y vestido convenientes, y la de permitir una discreta vigilancia de los delegados del Juzgado.

ARTÍCULO 54. En caso de que las personas encargadas de menores, de acuerdo con el artículo anterior, incumplan con sus obligaciones contraídas, el Juez de Menores podrá amonestarlas, de lo cual dejará constancia escrita en la diligencia primitiva. En caso de reincidencia, podrá aplicar multas hasta de \$ 100, para lo cual dictará una resolución motivada y se seguirá el procedimiento preceptuado en el artículo 28 de esta ley".

Como puede verse el “depósito de menores” de edad, correspondía a una figura de naturaleza legal, enmarcada dentro de la doctrina de situación irregular, que buscaba remediar los efectos del maltrato y peligro de los niños por parte de sus padres o de las personas de quienes dependa, poniéndolos bajo el cuidado de “personas bondadosas de reconocida honorabilidad y suficiente capacidad económica”, con la imposición de unas obligaciones a su cargo, tales como proporcionar alimentos y vestido “convenientes” y brindar educación “adecuada”, reportar el estado del “menor” y su cambio de residencia, así como permitir una “discreta” vigilancia de la autoridad que la impuso, so pena de sanciones de amonestación o multa en caso de reincidencia.

Adicionalmente la Ley 83 de 1946, en los artículos 109, 111 y 112, establecía:

"ARTÍCULO 109. Se prohíbe a los menores de diez y ocho años, todo trabajo que perjudique su salud, su vida o su moralidad, que sea excesivamente fatigante o que sobrepase sus fuerzas.

PARÁGRAFO. El decreto reglamentarlo precisará qué trabajos son insalubres o perjudiciales para la preservación física y moral del niño.

ARTÍCULO 111. Cualquiera que sea su ocupación, queda prohibido trabajara un niño en edad escolar, si con esto se disminuye en forma sensible el tiempo de estudio, o el tiempo de descanso necesario a su naturaleza física.

El decreto reglamentario precisará las excepciones.

ARTÍCULO 112. En materia de instrucción y de trabajo de menores, quedan vigentes las siguientes Leyes: 56 de 1927, 79 de 1926, 21 y 22 de 1926, 9o de 1930 y la Convención de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptada por la Ley 129 de 1931".

El Decreto 1818 de 1964, por el cual se creó el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia, y se reorganizó la División de Menores del Ministerio de Justicia, expedido en virtud de facultades extraordinarias, estableció en cabeza de la División de Menores, la competencia para adoptar las medidas conducentes cuándo los menores de 18 años se encontraran en las condiciones de abandono o peligro moral o físico establecidas en la Ley 83 de 1946. Adicionalmente, el artículo 10 estableció las medias que podrían adoptarse por dicha división:

“1. En una prevención a los padres o a las personas de quienes el menor dependa, a fin de que se cumplan para con este los deberes de educación, de asistencia, de alimentación y de vigilancia.

2. En multa de \$ 100.00 hasta \$ 1.000.00, convertibles en arresto, a razón de un día por cada \$ 10.00, impuesta a las mismas personas por incumplimiento de sus deberes.
3. En la pérdida de la patria potestad, de la guarda o cuidado personal del menor, caso en el cual se elevará la petición al funcionario competente para el trámite correspondiente.
4. Decretar la colocación familiar del menor, y responsabilizarse del mismo.
5. Pedir la adopción del menor, previo el trámite que establece la Ley 140 de 1960.
6. Decretar el internamiento del menor en un establecimiento de protección.

Cuando sea el caso, se procederá a determinar la cuota mensual con que deberán contribuir los padres o personas responsables, para el sostenimiento y educación del menor".

Finalmente, es pertinente indicar que la norma que establecía el "depósito de menores", fue derogada por el Decreto 2737 de 1989, que aprobó el Código del Menor, el cual si bien se enmarcaba aún en la doctrina de la situación irregular, no consagró una figura similar, motivo por el cual, perdió vigencia en nuestro sistema jurídico.

Hoy de acuerdo con la Constitución Política y la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, que adoptaron la doctrina de la protección integral, los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y dotados de todas las garantías para hacerlos efectivos.

2.2 El reconocimiento de la familia de crianza y sus derechos

La Constitución Política en su artículo 42 reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

A partir de esta definición, la Corte Constitucional ha desarrollado una sólida jurisprudencia que reconoce como familia aquella en la cual, los vínculos surgen de facto y espontáneamente, por la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos, y la ha denominado "familia de crianza".

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia T-606 de 2013, indicando que esta clase de familia goza de protección especial, al considerar:

"La protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también

a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no portazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley.

Así ha reconocido la Corte que la crianza es un hecho a partir del cual surge el parentesco, y cuyos lazos son objeto de protección constitucional: "(...) la Corte (...) ha protegido a las familias que surgen por vínculos diferentes a los naturales y jurídicos. Esta protección constitucional de la familia también se proyecta a aquellas conformadas por madres, padres e hijos de crianza; es decir, a las que no surgen por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respecto, solidaridad, comprensión y protección. Lo anterior, puesto que el concepto de familia se debe entender en sentido amplio, e incluye a aquellas conformadas por vínculos biológicos, o las denominadas "de crianza", las cuales se sustentan en lazos de afecto y dependencia, y cuya perturbación afecta el interés superior de los niños".^[2]

"Al existir diferentes clases de composición familiar, existen diferentes formas a través de las cuales llegan los hijos a las familias. En paralelo a las formas de composición familiar mencionadas, jurisprudencialmente, se han diferenciado los hijos "matrimoniales extramatrimoniales y adoptivos". Igualmente, se han distinguido los hijos provenientes de las familias de crianza y los provenientes de las familias ensambladas, a quienes se les ha denominado hijos aportados. Los hijos aportados, quienes revisten especial interés para el asunto bajo estudio, se entienden como aquellos integrados al matrimonio o a la unión marital de hecho por uno de los cónyuges o de los compañeros permanentes provenientes de una relación diferente. A estos, al igual que a cualquier otro tipo de hijos, se les debe garantizar por parte de la familia, la sociedad y el Estado una igualdad de trato (i) frente a su núcleo familiar, lo que comprende a sus hermanos, en caso de haberlos, ya sea que tengan su misma calidad de aportados o sean hijos comunes de la pareja, consanguíneos, adoptivos o de crianza, (ii) frente a la sociedad en general y (iii) frente al Estado".^[3]

En consecuencia, ha señalado la existencia de derechos y deberes entre los integrantes de las familias de crianza:

“enfatisa la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar - abuelos, parientes, padres de crianza- son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige”^[4].

En este sentido, la jurisprudencia constitucional, ha construido una línea jurisprudencial, en la cual se han reconocido derechos de los miembros de la familia de crianza en asuntos como el subsidio familiar, la afiliación al sistema de seguridad social en salud,^[5] los subsidios o beneficios educativos,^[6] la reparación e indemnización por daños^[7] e incluso la sustitución pensional.^[8]

En relación con la solicitud de práctica de una visita domiciliaria, debemos señalar que el ICBF solo puede intervenir y/o conceptuar en procesos judiciales, para dar cumplimiento a una orden del juez de conocimiento.

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 6o del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

- 1. Artículo 51.**
- 2. Sentencia T-074 de 2016**
- 3. Sentencia T-292 de 2016**
- 4. Entre otras las Sentencias T-887 de 2009 y T-942 de 2014**

5. Entre otras las Sentencias T-1502 de 2000, T-292 de 2016 y T-325 de 2016
6. Entre otras las Sentencias T-403 de 2011, T-070 de 2015 y T-519 de 2015
7. Entre otras las Sentencias T-495 de 1997 y T-233 de 2015
8. Sentencias T-525 de 2015, T-074 de 2016 y T-138 de 2017

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