



CONCEPTO 99 DE 2017

(Agosto 24)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Bogotá D.C.,

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXX

Coordinadora

Grupo

Jurídico

ICBF Regional Atlántico

ASUNTO: Su consulta con radicado del ICBF No. 342042 del 13/07/2017

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, así como en el artículo 60, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, y en el ámbito de las competencias del ICBF, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

En la presente consulta se plantean los siguientes problemas jurídicos:

¿Existe un procedimiento específico que contemple las etapas del cierre de un hogar sustituto?

¿Cuál es la autoridad competente para fijar la custodia de unos menores de edad de nacionalidad chilena pero que residen en Colombia?

2. ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos se abordarán de la siguiente forma: Frente al primer tema, (2.1) Procedimiento para el cierre de un hogar sustituto y en lo referente al

segundo tema se analizará (2.2) Constitución territorialidad y extraterritorialidad de la ley civil colombiana; (2.3) Aplicación del Código de la Infancia y la Adolescencia; y (2.4) Custodia y cuidado personal.

2.1. Procedimiento para el cierre de un hogar sustituto

En el Anexo 21 del Lineamiento Técnico de modalidades para la atención de niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, aprobado mediante Resolución No. 1520 de febrero 23 de 2016,^[1] y sus modificaciones, se establece el procedimiento a seguir para la pérdida de calidad del hogar sustituto, el cual es decretado por la Coordinación del Centro Zonal, cuando se determina que se han vulnerado los derechos de los niños, niñas o adolescentes o cuando no existen las condiciones de garantía de derechos para continuar ubicándolos en el hogar.

Así mismo, se señalan las causales y acciones que se deben tener en cuenta ante el cierre de un hogar sustituto, dicho procedimiento, se ha de realizar dando estricto cumplimiento al principio constitucional del debido proceso y al derecho de defensa que les asiste a los responsables del hogar sustituto.

El Lineamiento mencionado podrá ser consultado en la página web del ICBF en el siguiente link:

<http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/procesos/misionales/proteccion/restablecimiento-derechos>

2.2 Constitución, territorialidad y extraterritorialidad de la ley civil colombiana

El inciso 2 del art. 4o de la Constitución Política Colombiana dispone:

"Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

El Código Civil en el artículo 18 del Código Civil señala que "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia". En efecto, respecto al principio de territorialidad de la ley, la Corte Constitucional en sentencia T-271/07 señaló:

"El principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio.

Los artículos 18, 19, 20 y 21 del Código Civil, aplicables a los negocios mercantiles según los arts. 10, 20 y 822 del Código de Comercio, regulan lo

relativo a la problemática de la territorialidad de la ley y de sus disposiciones se extraen los siguientes principios:

Las leyes obligan a todos los habitantes del país, incluyendo los extranjeros sean domiciliados o transeúntes, salvo lo previsto para estos en tratados públicos (art. 59 de la Ley 159 de 1888, art. 57 del Código de Régimen Político y Municipal). Este es el principio de la territorialidad de las leyes, conforme al cual estas solo obligan dentro del territorio del respectivo estado (...).

El principio de la territorialidad, como se ha visto, es la regla general. Sin embargo, existen excepciones que permiten el ejercicio de la jurisdicción del Estado en relación con personas, situaciones o cosas que se encuentren fuera de su territorio.

Así es posible que el Estado pueda asumir jurisdicción y aplicar sus normas en relación con actos o situaciones jurídicas que tuvieron origen en su territorio, pero que se perfeccionaron o agotaron en otro Estado, o con respecto a actos o situaciones generadas ocurridas fuera de su territorio pero que se ejecutan o tienen efectos dentro de sus fronteras territoriales".

2.3. Aplicación del Código de la Infancia v la Adolescencia

El artículo 4o de la Ley 1098 de 2006 establece su ámbito de aplicación disponiendo que la mencionada ley se aplica a todos los niños, niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentran en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

Igualmente, el artículo 3o señala que son sujetos titulares de los derechos establecidos en esta norma, todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

Quiere decir lo anterior que las leyes colombianas son de obligatorio cumplimiento para todos los habitantes del país, incluyendo los extranjeros sean domiciliados o transeúntes, en el caso de que se trate de niños, niñas y adolescentes colombianos residentes en el extranjero o incluso los extranjeros tienen derecho a seguir gozando de su calidad de vida esencial para su desarrollo integral asegurando sus derechos fundamentales y los de la perspectiva de sujetos de derechos bajo el marco legal y constitucional del estado colombiano si se encuentran dentro o fuera del territorio nacional.

2.4. La custodia y cuidado personal

La custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.

La Ley 1098 de 2006, en su artículo 23, establece:

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo Integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

El Código Civil Colombiano respecto a las obligaciones de los padres con sus hijos nos dice que corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos^[2] y que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal.^[3]

Según consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana con la custodia,^[4] se busca, "...como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad".

La custodia se puede fijar por medio de: i) Conciliación entre las partes, ii) Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y iii) Proceso Judicial; y dependiendo de la instancia a la cual se acude, compete el asunto a las siguientes autoridades:

Conciliación extrajudicial: El artículo 31 de la Ley 640 de 2001 establece que esta podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos: los artículos 96 y 98 de la Ley 1098 de 2006, señala que corresponde a los defensores de familia, a falta de estos a los comisarios de familia y los inspectores de policía, procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este proceso se adelanta siempre y cuando se encuentren los derechos de los niños, niñas o adolescentes, amenazados, inobservados o vulnerados.

Proceso Judicial: La autoridad competente es el Juez de Familia, del municipio donde se encuentre el menor de edad⁽⁵⁾, previo agotamiento del requisito de procedibilidad, Ley 640 de 2001.

1. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas se puede concluir lo siguiente:

Primera: En el Anexo 21 del Lineamiento Técnico de modalidades para la atención de niños, niñas y adolescentes, con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, se encuentran enunciadas expresamente las causales y trámite de suspensión temporal y cierre de hogares sustitutos.

Segunda: Los niños, niñas o adolescentes, nacidos en el exterior y residentes en Colombia, gozan de los mismos derechos contemplados en las leyes colombianas.

Tercera: Las autoridades competentes para conocer de la fijación de la custodia de menores de edad son:

i) En materia de conciliación: conciliadores de los centros de conciliación, defensores de familia, comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la defensoría del pueblo, agentes del ministerio público, autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia, los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, conocerán los personeros y los jueces civiles o promiscuos municipales.

ii) Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos: los defensores de familia, a falta de estos los comisarios de familia o inspectores de policía.

iii) Proceso Judicial: Juez de Familia.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto^[6] 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 6o, numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

NOTAS AL FINAL:

1. Modificado por las Resoluciones 5863, 7960, 13366 de 2016, 244 y 1261 de 2017

2. ARTICULO 253 <CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS>. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.

3. ARTICULO 257. «CRIANZA, EDUCACION Y ESTABLECIMIENTO». Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas que, tratando de ella, se dirán.

«Inciso segundo modificado por el artículo 19 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:» Si el marido y la mujer vivieren bajo estado de separación de bienes, deben contribuir a dichos gastos en proporción a sus facultades.

4. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, Sentencia T 510 de junio 19 de 2003.

5. Artículo 21 de la Ley 1564 de 2012

6. "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.